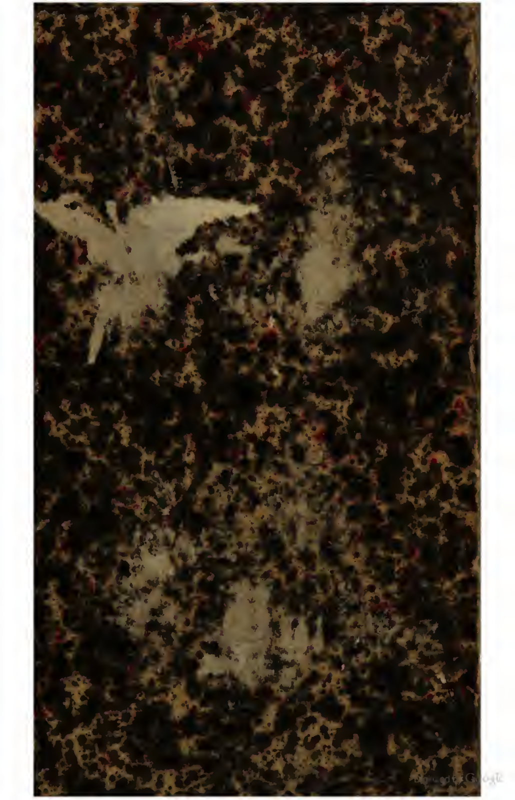
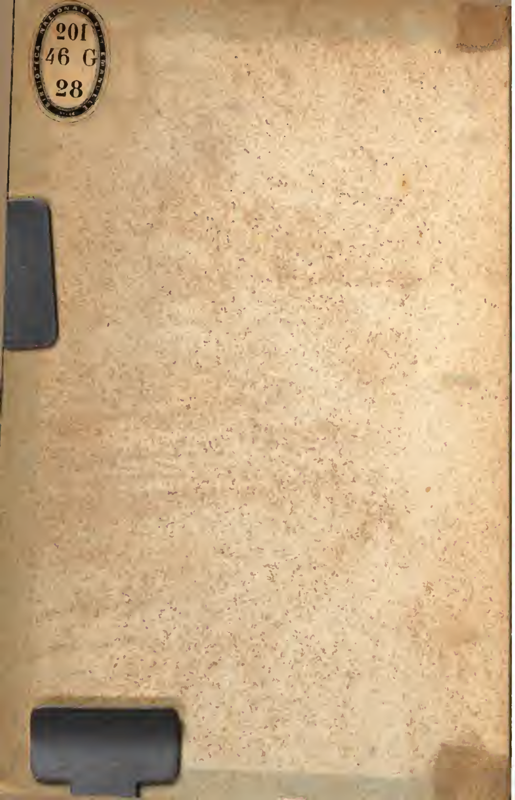



BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
201
46 G
28



TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

TYPOGRAPHIE DE H. FIRMIN DIDOT. — MESNIL (EURE)

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

PAR

M. F. C. DE SAVIGNY

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE

Traduit de l'allemand

PAR M. CH. GUENOUX

DOCTEUR EN DROIT

Seconde Édition

TOME SIXIÈME

PARIS

LIBRAIRIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES, FILS ET CIE.

IMPRIMEURS DE L'INSTITUT DE FRANCE

RUE JACOB, 56

1859

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE PARTIE.

(§ 256-279.)

Cet ouvrage, longtemps interrompu (*) par les nombreux travaux qui m'ont été imposés, n'a nullement perdu de son intérêt à mes yeux. Je crois en donner une preuve plus convaincante qu'une simple assertion en publiant dès à présent la partie du sixième volume qu'il m'a été possible d'achever. Pour la seconde partie, qui sera consacrée à la théorie du jugement, je continuerai la même pagination, et ainsi ce sixième volume ne différera pas des autres quant à sa forme extérieure.

On m'a déjà adressé une critique à laquelle je m'attendais. On a dit que j'interrompais l'exposition du droit actuel par des recherches historiques hors de proportion avec le plan de mon ouvrage. Le fragment que je publie aujourd'hui n'échappera pas à ce blâme. Son objet est sans doute aussi pratique que tout autre matière du droit; mais j'ai été obligé de me livrer à des recherches historiques longuement développées. Ces recherches pourront paraître d'autant plus déplacées qu'en dernier résultat j'arrive à des conclusions déjà adoptées par d'autres auteurs, et que mon dissentiment porte uniquement sur la marche qu'ils ont suivie pour y arriver; plus d'un lecteur jugera que ce travail n'a pas un caractère pratique.

Après avoir relu attentivement la première partie de ce

(*) Le cinquième volume parut à Berlin en 1841.

volume, je n'y vois rien qui ne me semble indispensable pour l'intelligence complète du sujet et pour pénétrer jusqu'à la réalité des choses. Je ne saurais rien ajouter à ce que je dis là-dessus dans la preface du Ier volume (p. XXXII sq.). Les divergences d'opinion sur les proportions d'un ouvrage tel que celui-ci étaient presque inévitables.

Octobre 1846.

PRÉFACE

DE LA SECONDE PARTIE.

(§ 280-301.)

Cette seconde partie complète le sixième volume, et, conformément à ce que j'avais annoncé, il ne differe en rien des autres volumes.

Juillet 1847.

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE IV.

VIOLATION DES DROITS.

§ CCLVI. *Litiscontestatio.* Introduction.

Winckler, Discrimen inter litis contestationem jure veteri ac hodierno (Opuscula minora, vol. I : Lips., 1792-1798, p. 293-370).

Keller, über Litiscontestation und Urtheil ; Zürich, 1827, 1828.

Bethmann-Hollweg, dans : Mohl und Schrader Zeitschrift für Rechtswiss., vol. V ; Stuttg., 1829, p. 65-97 (Examen de l'ouvrage de Keller).

Wachter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte ; Heft 2, 3; Stuttgart, 1846, 1848.

Nous voilà parvenus au centre de notre recherche sur le droit des actions, et son objet a

été défini plus haut (§ 204) : déterminer les changements apportés à un droit par sa violation et par les moyens destinés à réprimer cette violation.

L'état de choses auquel s'appliquent ces changements et d'où ils résultent est donc une violation du droit. Cette proposition d'une vérité absolue a néanmoins besoin d'être complétée si nous voulons embrasser toutes les faces du sujet qui nous occupe.

En effet, il est extrêmement rare que la violation du droit soit reconnue, avouée, et que l'autorité n'ait besoin d'intervenir que pour résister à cette volonté injuste. Presque toujours la violation est affirmée d'un côté et niée de l'autre ; nous avons dès lors un *procès* dont la décision est nécessaire avant que la violation du droit puisse être constatée et réparée. Les éléments du procès sont toujours les affirmations contradictoires des parties, et ces affirmations, en tant qu'elles ont une nature indépendante, ont été étudiées dans le volume précédent sous les noms d'actions, exceptions, réplications et duplications, et c'est à elles que se rapportait la *première classe* des changements possibles résultant de la violation du droit en soi ou du litige (§ 204). Nous avons maintenant à examiner la *seconde classe* de changements, ceux qui ne résultent pas du procès seul, mais des actes de procédure inhérents au litige.

Parmi ces actes de procédure nous apparaît d'abord le jugement qui termine tout procès, c'est-à-dire qui dénie la violation du droit ou qui la constate et la répare. Nous avons donc à rechercher si le jugement peut modifier et comment il peut modifier le contenu et l'étendue du droit; cette question est de toutes la plus importante, mais elle n'est pas la seule.

Cette question serait la seule si le procès pouvait toujours se terminer par le jugement aussitôt qu'il est porté devant le juge; mais ce cas est extrêmement rare. Presque toujours il faut du temps, souvent même un temps fort long, pour que le jugement puisse être rendu en pleine connaissance de cause. Dans cet intervalle le rapport de droit litigieux est susceptible de modifications importantes, et alors le jugement, tout en reconnaissant la violation, en donnerait une réparation incomplète ou même nulle, et la mission des tribunaux ne se trouverait pas remplie.

Si ces délais, malgré leurs conséquences funestes, sont inséparables de l'exercice de l'autorité judiciaire, nous devons les admettre comme un mal nécessaire, auquel il s'agit d'opposer des remèdes artificiels.

Ce mal nécessaire provient de ce que le commencement et la fin du procès, la demande et le jugement, ne sont pas simultanés, mais séparés par un intervalle de temps pendant lequel le

rapport de droit peut subir des modifications. Pour remédier au mal il faudra donc que le jugement prononce non-seulement sur le rapport de droit originaire, mais aussi sur les conséquences de ces modifications.

Le but général assigné à cette partie du jugement peut donc s'exprimer par la formule suivante :

Reproduire artificiellement l'état de choses qui eût naturellement existé s'il eût été possible de prononcer le jugement dès l'origine du procès.

J'observe néanmoins que cette formule indique uniquement la solution générale du problème, et qu'il ne s'agit pas de l'obtenir directement par voie de conséquences logiques.

Pour résoudre notre problème il faut d'abord fixer le *commencement* du procès ; sans cela on ne saurait déterminer à quelle époque doivent être intervenues les modifications dont le jugement doit tenir compte.

Le droit romain place ce commencement dans la *litiscontestatio*. Voilà donc l'acte de procédure qui marque le début du procès, et qui en même temps motive les réclamations spéciales auxquelles doit satisfaire cette partie du jugement.

Il s'agit d'abord de déterminer en quoi consiste la *litiscontestatio*. Ici se présentent de grandes difficultés, parce que déjà chez les Romains cet acte de procédure avait subi d'importantes trans-

formations, et celles introduites par la législation et la pratique des temps modernes sont encore plus prononcées. Néanmoins l'idée et même le nom de cette institution se retrouvent dans tous les temps, et même chez les auteurs les plus modernes, malgré les divergences d'opinions sur sa véritable nature.

Après cet examen vient la partie principale de notre recherche, celle qui a pour objet les effets de la *litiscontestatio*. Le résultat que doit donner la décision judiciaire, et que j'ai traduit par une formule générale, doit être décomposé et ramené à ses éléments, si l'on veut savoir quelles dispositions doit contenir le jugement pour absorber les conséquences fâcheuses de la durée inévitable du procès.

J'ai dit tout à l'heure que l'idée de la *litiscontestatio* était admise par tous les auteurs, même les plus modernes, mais entendue différemment ; or, cela ne touche nullement la question de savoir si dans le droit commun actuel les effets que nous allons décrire se rattachent à la *litiscontestatio*. En effet, on pourrait prétendre qu'il existe encore pour nous une idée empruntée au droit romain et désignée sous le mot de *litiscontestatio*, mais que les effets attachés par le droit romain à la *litiscontestatio* sont, dans le droit actuel, attribués en totalité ou en partie à d'autres actes de procédure. Si cette opinion était fondée, il fau-

drait fixer une autre époque pour le début du procès relativement à tous ou à quelques-uns des effets attribués par le droit romain à la *litis-contestatio*.

Cette question très-importante étant liée aux divers effets de la *lit. cont.*, elle ne peut être traitée d'une manière satisfaisante qu'à la fin de l'exposé de cette matière (*a*).

Le but de l'institution qui nous occupe est d'écarter le mal inséparable de la durée du procès, et cela au moyen de dispositions réparatrices insérées dans le jugement. Cette institution forme donc partie intégrante du droit matériel; elle appartient au droit des actions (§ 204), et d'après le plan de cet ouvrage ne peut être traitée ailleurs.

Mais il y a encore d'autres institutions qui concourent au même but pratique, et dont il est bon de donner ici une indication sommaire.

Telles sont d'abord toutes les mesures destinées à hâter l'expédition des procès. Ainsi, d'après l'ancien droit romain, tout procès était perdu

(*a*) A proprement parler, cette question se présente sous deux faces, et devrait être traitée en deux endroits différents. D'abord plusieurs auteurs ont prétendu que déjà en droit romain, et même du temps d'Hadrien, les effets de la *litiscontestatio* ont été reportés à une époque antérieure du litige, et ce point devrait être discuté au § 264. On dit ensuite qu'un semblable changement existe en droit moderne; c'est ce que j'examine en finissant (§ 278, 279).

s'il n'était pas jugé dans un délai assez court (*b*) : une règle aussi rigoureuse devait rendre le demandeur très-diligent ; le droit actuel n'en a conservé aucune trace.

Ensuite, toute décision judiciaire comme aussi les avantages attachés à la *lit. cont.* peuvent être annulés de fait, soit par la perte ou l'aliénation de la chose en litige, soit par l'épuisement des biens du débiteur. La procédure a des institutions importantes, qui servent à prévenir ou à diminuer ces dangers : telles sont la caution *judicatum solvi*, la saisie-arrêt, le séquestre, la *missio in possessionem*. Il y avait aussi des institutions du droit matériel tendant au même but, par exemple les lois qui prohibaient l'aliénation de la propriété, ou la cession de la créance formant l'objet d'un litige (*res litigiosa, actio litigiosa*).

Vouloir traiter ces diverses institutions en même temps que la *lit. cont.*, à cause de l'identité de leur but pratique, n'entraînerait que confusion. La plupart ont leur véritable place dans l'ensemble du droit de la procédure ; celles même qui appartiennent au fond du droit (le *litigiosum* par exemple) se rattachent à la théorie de la propriété ou de la cession.

(*b*) Gajus IV, § 104, 105. Un *legitimum judicium* expirait après dix-huit mois ; un *judicium quod imperio continetur*, avec les fonctions du magistrat qui avait nommé le *judex*. La même action ne pouvait être renouvelée, car elle avait été portée *in judicium* et dès lors consommée.

§ CCLVII. *Ce qui constitue la* litiscontestatio. — I. *Droit romain.*

Le point de vue auquel nous devons nous placer, pour arriver à l'intelligence des sources du droit, est l'époque de la procédure par formules ou de la prédominance des *ordinaria judicia.* Nous n'avons pas à nous occuper du droit antérieur sur cette matière. Nous devons au contraire une attention spéciale à la manière dont cet objet était traité dans le *extraordinarium judicium,* qui nous apparaît comme exception du temps de la procédure par formules. L'exposé de cet état exceptionnel nous servira de transition au droit romain postérieur, où l'*ordo judiciorum* disparaît entièrement et l'ancienne exception devient la règle unique.

Je commencerai par décrire dans son ensemble l'état de choses que supposent tous les textes des anciens jurisconsultes, je donnerai ensuite les preuves touchant les différents points.

La *litiscontestatio*, à l'époque dont je parle, est un acte qui se passe devant le préteur, et où les parties par leurs déclarations respectives fixent le litige et le rendent susceptible d'être porté devant le *judex.* Cet acte est le dernier du *jus,* c'est-à-dire de cette partie de la procédure instruite devant le préteur; il coïncide avec la *for-*

mula que donne le préteur (*a*), et dès lors il suppose la nomination du *judex*, dont la personne est désignée dans la *formula*.

Cet acte étant destiné à fixer définitivement l'objet du litige, il ne devait pas se borner à une simple déclaration des faits, mais embrasser aussi les exceptions, les réplications et les duplications, c'est-à-dire tout le contenu de la *formula*, de sorte que le préteur pût y trouver tous les éléments de la *formula* (*b*).

Le nom de *lit. cont.* est tiré de l'une des circonstances essentielles de cet acte. Les deux parties appelaient des témoins en ces termes : *testes estote*. — Mais ce n'était pas des témoins sur les dépositions desquels le *judex* dût plus tard prononcer. Dans beaucoup de procès il ne figure pas de témoins, et dans aucun cas il n'eût été nécessaire de les entendre à ce moment, et dès lors de les faire comparaître. Les témoins mentionnés

(*a*) Quand il s'agissait uniquement de marquer à quelle époque de la procédure commençaient certains effets déterminés, on pouvait aussi bien parler de la *formula concepta* que de la *litiscontestatio*, ou employer indifféremment ces deux termes. Néanmoins cela n'avait pas lieu, et jamais on ne mentionne que la *litiscontestatio*; cela tient à la nature de contrat dont je parlerai tout à l'heure (§ 258).

(*b*) Il ne faut pas néanmoins attacher trop d'importance à cette définition de la *lit. cont.*, car elle n'est tout à fait exacte que pour les actions rigoureuses. Si l'action était libre, le défendeur pouvait se contenter d'abord d'une dénégation générale, et faire ensuite valoir ses exceptions devant le *judex*. (Vol. V, p. 485.)

au sujet de la *lit. cont.* devaient assister à l'opération, et constater ce qui s'était passé, si plus tard il s'élevait là-dessus des doutes; ils servaient donc de protocole vivant. Sans doute le besoin devait s'en faire plutôt sentir pour la procédure purement orale des anciennes *legis actiones* que pour la *formula* écrite (*c*). Néanmoins, cet acte peut avoir été maintenu dans la procédure par formules, comme souvenir symbolique d'un usage réel plus ancien; dans tous les cas, le nom peut s'être conservé longtemps après que l'on eut renoncé à la convocation des témoins, même comme simple formalité.

Le principal texte à l'appui de cette définition de la *lit. cont.* se trouve dans Festus (extrait de P. Diaconus), sous le mot *Contestari*, et est conçu en ces termes :

Contestari est, cum uterque reus dicit : *Testes estote*. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : *Testes estote*.

Ici l'expression *con*testari s'explique par cette circonstance que plusieurs personnes appellent les témoins en commun (*d*), et dans l'application à la procédure on dit expressément que les *deux*

(*c*) Keller, § 1.

(*d*) C'est ainsi que l'on dit *compromissa pecunia*, parce que les deux parties stipulent une peine pour le cas de désobéissance à l'arbitre.

parties concourent à cet acte. On ajoute qu'il a lieu *ordinato judicio*, c'est-à-dire après la désignation du *judex*, car sa nomination est un élément essentiel de la constitution du *judicium* (*e*). Le commencement du texte, rapproché de la partie principale qui suit immédiatement, montre que l'acte ainsi dénommé s'emploie encore pour d'autres buts (*f*), et que la *litis* contestatio est seulement une des applications de cet acte solennel.

Quoique Festus rapporte l'expression *litem contestari* également aux deux parties, néanmoins, d'après la phraséologie la plus usitée, on désigne l'acte du demandeur par *litem contestari*, et celui

(*e*) C'est ainsi que l'on trouve *ordinatum judicium*, *ordinata lis* ou *causa* employés comme équivalents de *litiscontestatio*, L. 24, pr., § 1, 2, 3; L. 25, § 2, de lib. causa (XL, 12). De même encore l'époque de la *lit. cont.* est désignée par ces mots : Statim atque *judex factus est*, L. 25, § 8, de ædil. ed. (XXI, 1). En effet la nomination du *judex*, la *lit. cont.* et la conception de la formule, parties intégrantes d'un même acte de la procédure, et que ne sépare aucun intervalle de temps, peuvent également servir à désigner la même époque.

(*f*) Ainsi pour le testament la *suprema contestatio*, L. 20, § 8, qui test. (XXVIII, 1). — Ulpian., XX, 9, emploie en ce sens le mot *testatio*, et comme synonyme *nuncupatio;* Gajus, II, § 104, n'emploie que *nuncupatio*. — Du reste, on trouve encore *judicium* contestatum au lieu de *litiscontestatio*, L. 7, § 1, de her. pet. (V, 3); L. 19, sol. matr. (XXIV, 3); mais je ne trouve nulle part, en ce sens, *contestatio* seul sans *lis* ou *judicium*, car dans la L. 1, § 1, C. de pet. her. (III, 31), *contestationis* n'est que la répétition de l'expression *litis* contestationem, qui précède immédiatement. (Voy. § 271, b.)

du défendeur par *judicium accipere* ou *suscipere* (g).

Du reste, *contestari* est un verbe déponent, et d'après les règles de la grammaire il ne devrait se dire que de la partie : *litem contestatur*, *litem contestatus est*. Mais on le voit si souvent pris dans le sens passif (*lis contestatur*, *lis contestata*), qu'on ne saurait distinguer la règle de l'exception. Cependant on ne doit pas croire que ces exemples soient un signe de la corruption de la langue, car ils appartiennent au temps de la meilleure latinité, et on les trouve notamment dans Cicéron (h), dans Aufidius, un des élèves de Servius Sulpicius (i), dans la Lex Rubria de Gallia Cisalpina (k), et dans une règle de droit que Gajus emprunte aux *veteres* (l).

(g) Winckler, p. 298; Keller, § 6.

(h) Pro Roscio Com., c. XI et c. XII, « lis contestata. » — Pro Flacco, c. XI, « ab hac perenni contestataque virtute majorum. »

(i) Priscian., lib. VIII, c. 4, § 18 : « P. Aufidius : *Si quis alio vocitatur nomine tum cum lis contestatur, atque olim vocitabatur,* contestari passive posuit. » Priscien cite cela comme une anomalie grammaticale. — On lit dans les éditions : *illis* contestatur ou *his* contestatur (p. 371 ed. Krehl; p. 791 (793, ed. Putsch.), ce qui ne donne aucun sens. La bonne leçon a été établie et le texte parfaitement expliqué par Huschke, Zeitschrift f. geschictl. Recthtswiss, Vol. X, p. 339, 340.

(k) Col. 1, lin. 48 : quos inter id judicium accipietur « leisve contestabitur. »

(l) Gajus, III, § 180 : Apud veteres scriptum est : ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere. »

Festus laisse indécise la question la plus importante et la plus controversée, celle de savoir si la *lit. cont.* appartient au *jus* ou au *judicium*, en d'autres termes si elle est le dernier acte fait devant le préteur, ou le premier fait devant le *judex*.

D'après le but général de la *lit. cont.*, l'un ou l'autre pourrait avoir lieu, et le résultat pratique serait peu différent. Chaque opinion a eu ses partisans, mais la première s'appuie sur les conclusions rigoureuses tirées de textes si nombreux (*m*), que la question peut être regardée comme résolue définitivement. La preuve la plus complète que la *lit. cont.* se passait devant le préteur résulte des considérations suivantes. Si la *lit. cont.* se passait devant le préteur, il était certainement très-convenable de faire assister à cet acte le futur *judex*, et je ne doute pas que cela n'eût lieu quand le *judex* se trouvait présent par hasard, ou quand les parties l'avaient amené avec elles devant le préteur. Cela est effectivement indiqué dans un texte de Papinien, décidant qu'il n'est *pas nécessaire* que le *judex* assiste à sa nomination et en ait conscience (*n*); Papinien conclut de là qu'un

(*m*) Winckler, § 3, 4; Keller, § 1-5. — Le seul texte qui semble favoriser l'opinion contraire est la L. un. C. de L. C. J'en donnerai plus bas l'explication.

(*n*) L. 39, pr. de jud. (V, 1) : « Cum furiosus judex addicitur non minus *judicium erit*, quod hodie non potest judicare... neque enim in addicendo præsentia vel scientia judicis *necessaria* est. » Ici évidemment l'*addictio judicis* coïncide, quant à

aliéné peut être nommé *judex*, que sa nomination est efficace si plus tard il recouvre la raison, et que pour lui le *judicium* est réellement constitué dès sa nomination. Papinien admet évidemment que la nomination du *judex* et le commencement véritable de son *judicium*, c'est-à-dire le *acceptum* ou *ordinatum judicium*, c'est-à-dire encore la *lit. cont.*, peuvent avoir lieu en l'absence du *judex*, et de là résulte que la *lit. cont.* n'est pas un acte fait en présence du *judex* et avec sa participation. Un texte de Paul nous fournit un témoignage non moins décisif. Le provincial qui venait à Rome comme *legatus*, d'après la règle générale, ne pouvait être actionné. Cependant il pouvait l'être dans des cas exceptionnels, mais de telle sorte que la *lit. cont.* avait lieu à Rome (devant le préteur), et le *judicium* s'instruisait dans la province (devant un *judex* y habitant) (*o*).

Pour bien comprendre les changements que le droit romain apporta plus tard à la forme de la *lit. cont.*, il est nécessaire de déterminer la place qu'elle occupait dans les *extraordinaria judicia* du temps de la procédure par formules.

On conçoit que la *lit. cont.* ne pouvait être en

sa date, avec la *lit. cont.* et le *judicium acceptum* ou *ordinatum*, puisque l'on dit expressément qu'au moment de *l'addictio* il existe déjà un véritable *judicium*.

(*o*) L. 28, § 4, de jud. (V, 1) : « Causa cognita adversus eum judicium prætor dare debet, ut lis contestetur, ita ut in provinciam transferatur. »

pareil cas un acte des parties se rattachant à la rédaction de la *formula*, et ayant pour but de porter le litige devant le judex, car dans les *extraordinaria judicia* il n'y avait ni *judex* ni *formula*, puisque le procès s'instruisait depuis le commencement jusqu'à la fin devant le magistrat. Mais comme on ne pouvait se passer de la *lit. cont.*, vu l'importance de ses résultats pratiques, on dut chercher l'époque qui avait le plus d'analogie avec celle de la *lit. cont.* dans la procédure ordinaire. On dut sans aucun doute choisir l'époque où les parties expliquaient complétement leurs prétentions respectives devant le magistrat.

C'était là en réalité la même chose que la *lit. cont.*, et il n'y avait de différence que dans la forme extérieure de l'acte.

Ce fait si vraisemblable en soi est attesté par les témoignages suivants, dont l'explication servira à dissiper les doutes et à rectifier plus d'une méprise de nos auteurs.

1. L. un., C. De litis contestatione (III, 9) de Sévère et Antonin, 203 :

« Res in judicium deducta non videtur si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. *Lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit.*

Plusieurs auteurs ont conclu de ce texte que la *lit. cont.* se passe devant le *judex*, et non devant le préteur (note *m*), opinion que j'ai déjà réfutée. Néanmoins on doit reconnaître que ce texte semble la favoriser; il s'agit donc maintenant de détruire même cette apparence, car notre texte a été écrit à une époque où la procédure par formules était dans toute sa force.

Quelques-uns disent que les empereurs parlent de la *lit. cont.* effectuée devant le magistrat, et que celui-ci est désigné par le nom de *judex* (*p*). L'explication n'est pas admissible. Sans doute l'expression de *judex* se prend fréquemment dans le sens de magistrat; mais si les empereurs eussent eu en vue l'*ordinarium judicium*, jamais ils n'eussent employé ce mot dans une acception exceptionnelle, qui devait donner lieu à des méprises presque certaines.

D'autres prétendent que les empereurs avaient réellement nommé le magistrat, et que la rédaction actuelle est une grave interpolation (*q*). Je ne vois pas le besoin d'une semblable interpolation, car le texte s'adaptait également au droit ancien et au droit nouveau avec le mot de ma-

(*p*) Tels sont les auteurs cités par Keller, § 5, note 5. — L'explication que donne Zimmern, *Rechtsgeschichte*, Vol. III, § 119, note 13, ne me paraît nullement satisfaisante : « La *lit. cont.* existe dès que le *judicium* a commencé. » Il n'y aurait alors aucune liaison entre la fin et le commencement du texte.

(*q*) Keller, § 5.

gistrat et avec celui de *judex*. On pouvait dire aussi en droit ancien que la *lit. cont.* était parfaite quand le préteur avait entendu les allégations respectives des parties, et y avait puisé les matériaux nécessaires pour la rédaction de la formule. Si donc les compilateurs eussent trouvé dans le texte original la mention du préteur, du proconsul ou du *præses*, on ne comprendrait pas qu'ils lui eussent substitué l'expression de *judex*, beaucoup moins appropriée au temps où ils vivaient; le changement inverse serait bien plus probable.

Voici, d'après moi, l'explication la plus simple. Les empereurs parlent d'un procès appartenant aux *extraordinaria* judicia. L'expression de *judex* pour *magistratus* serait alors parfaitement convenable, et ne prêterait à aucune équivoque, et notre texte nous donnerait une image fidèle de la *lit. cont.* Dans cette espèce de procès, comme il n'y a pas alors de *lit. cont.* réelle, le rescrit désignerait ce qui en tient lieu. Dans ce but il emploie des expressions générales et des circonlocutions, qui certainement n'étaient pas usitées alors pour exprimer la *lit. cont.* véritable de la procédure ordinaire, et voilà ce qui donne à notre texte une fausse apparence d'interpolation. — Le texte que nous possédons ne dit pas, il est vrai, qu'il s'agisse d'un procès de cette espèce; mais nous n'avons certainement qu'un fragment du

rescrit (*r*), et le préambule qui a été omis confirmerait sans aucun doute l'explication ici proposée. J'admets donc aussi une interpolation, mais elle consiste dans l'omission d'une partie du texte, et non dans le changement de son contenu.

2. L. 3, de Obl. et Act. (XLIV, 7. Paulus, lib. 3 Decretorum) :

« Constitutionibus quibus ostenditur heredes pœna non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam pœnæ persecutionem transmissam videri : *quasi lite contestata cum mortuo.* »

D'après une ancienne règle, les actions pénales ne s'exerçaient contre les héritiers du débiteur que s'il y avait eu *lit. cont.* (*s*). Maintenant la L. 33 ne parle pas d'une action pénale ordinaire entre personnes privées, qui rentrerait dans le *jus ordinarium*, et à laquelle la règle s'appliquerait directement ; elle parle d'une peine fiscale poursuivie devant les agents du fisc, dès lors *extra ordinem*, et là il n'y avait ni *judex* ni *lit. cont.* proprement dite (*t*). La poursuite contre les héritiers devait donc se rattacher à un acte analogue à la *lit. cont.* Paul dit en ce sens que l'action

(*r*) Cela résulte déjà du seul fait qu'une autre partie du même texte forme la L. 3, C. de edendo (II, 1).

(*s*) *Voy.* Vol. V, § 211, g.

(*t*) Cette supposition est confirmée par l'inscription du fragment, car dans le même lib. 3 Decretorum de Paul se trouvent plusieurs textes relatifs à des actions fiscales portées devant le *procurator Cæsaris*.

s'exerce contre les héritiers quand elle a été introduite contre le défunt de son vivant (*u*); et ainsi, que l'introduction de l'action est pour les *extraordinaria judicia* l'acte qui tient lieu de la *lit. cont.* véritable de la procédure ordinaire (*quasi* lite contestata cum mortuo) (*v*). — Cette loi a de tous temps soulevé de grandes difficultés. Prenant le *conventus* dans un sens trop restreint, comme désignant la simple existence de l'action, et rapportant notre texte à la procédure ordinaire, on le restreignait au cas où le défunt aurait à dessein retardé la *lit. cont.*, et l'on disait que ces manœuvres déloyales n'empêchaient pas l'exercice de l'action contre les héritiers (*w*). Haloander résout autrement la difficulté, et il propose cette correction un peu hardie : trans-

(*u*) Seulement il ne faut pas prendre le « *conventus* fuerat » dans le sens trop restreint d'action simplement *élevée*, de même que dans plusieurs textes du Digeste, *conventus* et *petitum* appliqués à la procédure ordinaire désignent le *convenire cum effectu*, c'est-à-dire l'époque où la *lit. cont.* est accomplie. Un texte décisif pour cette signification de *conventus* est la L. 8, de nox. act. (IX, 4), et pour *petitum* la L. 22, de reb. cred. (XII, 1). Cf. Wächter, H. 3, p. 66, 67.

(*v*) La bonne explication se trouve, quant à la partie essentielle, dans Voorda, Interpr. II, 19, Wächter, H. 3, p. 112.

(*w*) J'avais, d'après plusieurs auteurs, admis cette explication, Vol. V, § 511, *g*, et je l'abandonne aujourd'hui entièrement, car le texte ne porte pas la moindre trace de cette supposition. — Kierulff, p. 281, considère ce texte comme une preuve que déjà les Romains avaient attribué les effets de la *lit. cont.* à la citation du défendeur.

missam *non* videri, quasi lite contestata *eo* mortuo (*x*).

3. L. 20, § 6, 7, 11 De her. pet. (V, 3) :

Le Sc. Juventianum parlait d'abord des droits du fisc à une *caduca hereditas*, c'est-à-dire d'un *extraordinaria judicium* porté devant les agents du fisc; mais on appliquait aussi ce sénatus-consulte aux procès ordinaires entre personnes privées (*y*). Pour le cas faisant l'objet primitif du sénatus-consulte, on devait donc admettre une époque qui remplaçât la *lit. cont.* de la procédure ordinaire. Je reviendrai plus bas sur cette remarque (§ 264).

La place assignée à la *lit. cont.* des temps anciens pouvait rester la même, quand plus tard toutes les actions furent transformées en *extraordinaria judicia*. Le changement se serait alors réduit à faire de l'exception primitive la règle générale. C'est effectivement ainsi que la chose nous apparaît dans une des premières constitutions de Justinien (*z*), où, conformément aux principes du rescrit cité plus haut, de Sévère et Antonin, l'époque de la *lit. cont.* est désignée en ces termes :

(*x*) La leçon de la Vulg. : « *remissam non* videri » semble favoriser cette correction, mais le sens est le même que celui du manuscrit de Florence.

(*y*) L. 20, § 9, de her. pet. (V, 3).

(*z*) L. 14, § 1, C. de jud. (III, 1).

« Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam. »

Des lois postérieures de Justinien ajoutèrent les dispositions suivantes.

Quand la demande est signifiée au défendeur, il doit, vingt jours après, se présenter devant le magistrat et engager la *lit. cont.* Pendant ce délai aucune déclaration faite par le défendeur ne le lie, et n'est regardée comme *lit. cont.* (*aa*).

De son côté le demandeur doit fournir caution de ne pas différer la *lit. cont.* plus de deux mois (*bb*).

Ces dispositions ne concernent que les formes de la procédure, et ne changent aucunement l'essence de la *lit. cont.*

Ainsi donc, d'après les principes du nouveau droit Justinien, comme d'après ceux de l'ancien droit, la *lit. cont.* consiste :

Dans les déclarations respectives des parties sur l'existence et le contenu du procès, faites devant l'autorité judiciaire.

Mais en fait il faut reconnaître que d'après les modifications générales apportées à la procédure, souvent, et même dans la plupart des cas, la *lit. cont.* intervient beaucoup plus tard que dans la procédure ancienne.

(*aa*) Nov. 53, C. 3, Nov. 82, C. 10. Auth. Offeratur, C. de L. C. (III, 9).

(*bb*) Nov. 96, C. 1, Auth. Libellum, C. de L. C. (III, 9).



§ CCLVIII. *Ce qui constitue la* lit. cont. — I. *Droit romain.* (Suite.)

Jusqu'ici j'ai examiné la nature extérieure de la *lit. cont.*, la forme, l'époque, les signes caractéristiques de cet acte de procédure. Je passe maintenant à sa nature intime et juridique; et cette étude a bien plus d'importance que la première, car elle se rattache directement aux effets de la *lit. cont.;* ensuite elle nous offre un intérêt moins dépendant des circonstances historiques, et qui subsiste encore aujourd'hui.

Je rappellerai d'abord que tout droit d'action, quel que soit le droit qui lui serve de base, a la nature d'une *obligation* (§ 205). Nous devons donc nous représenter la *lit. cont.*, comme l'acte de procédure qui donne à cette obligation une existence réelle et un objet déterminé.

La *lit. cont.* exerce une double influence sur le rapport de droit litigieux; elle agit sur le passé et sur l'avenir : sur le passé, car l'action une fois amenée *in judicium* est par là même consommée, et ne peut plus être exercée de nouveau; sur l'avenir, car la *lit. cont.* forme la base d'une modification essentielle pour le contenu du jugement à intervenir.

L'influence relative au passé, c'est-à-dire la consommation de l'action nous apparaît sous deux formes différentes.

Pour les actions *in personam* avec *juris civilis intentio* et faisant partie des *legitima judicia*, la consommation s'opérait *ipso jure;* pour toutes les autres actions elle s'opérait au moyen d'une *exceptio rei in judicium deductæ* (*a*).

Nous trouvons encore en cette matière l'expression *novatio;* pour les temps anciens et directement dans un seul texte de Papinien (*b*), indirectement dans le Digeste et dans une constitution de Justinien (*c*). Nous n'avons néanmoins aucune raison de suspecter l'authenticité de cette expression technique (*d*). Mais la nature bien connue d'ailleurs de la novation nous auto-

(*a*) Gajus, III, § 180, 181, IV, § 106, 107, 98.

(*b*) Fragm. Vat. § 263 : « ... nec interpositis delegationibus aut *inchoatis litibus actiones novavit.* »

(*c*) L. 29, de nov. (XLVI, 2) : « Aliam causam esse *novationis voluntariæ*, aliam *judicii accepti*, multa exempla ostendunt. » L'expression *novatio voluntaria* n'implique pas nécessairement mais peut faire supposer le contraste d'une *novatio necessaria* résultant de la *lit. cont.;* néanmoins cette expression ne se trouve nulle part. Quant à l'idée même du contraste avec la consommation résultant de la *lit. cont.*, elle ressort évidemment des textes cités, note *a* et *b*. — L. 3, pr., C. de us. rei jud. (VII, 54) : « Si enim novatur judicati actione prior contractus » rel. Ici Justinien fait intervenir très-mal à propos la *novatio*, depuis longtemps tombée en désuétude, pour justifier sa nouvelle prescription sur les intérêts judiciaires.

(*d*) Gajus, IV, § 176-179, traite de la *novatio* résultant de la stipulation volontaire; et § 180, 181, il parle de la consommation qu'entraîne la *lit. cont.* sans répéter l'expression de *novatio.* Mais cela s'explique par la nature tout à fait anomale de cette dernière novation, que fait très-bien ressortir la L. 29, de Nov. (note *c*).

rise à établir les deux points suivants, quoique nous n'ayons là-dessus aucun témoignage direct. Premièrement, cette expression doit être restreinte aux cas où la consommation s'effectue *ipso jure* (note *a*), car partout la novation nous apparaît comme un acte qui opère *ipso jure*. Secondement, cette novation, c'est-à-dire toute consommation *ipso jure*, s'opère au moyen d'une stipulation ; car en principe la novation n'est autre chose que l'annulation d'une obligation par sa transformation en une *verborum obligatio* (*e*).

La question de savoir ce que devint par la suite la consommation en général et cette novation en particulier ne présente aucune incertitude. Elles disparurent entièrement sans laisser la moindre trace, car le but pratique dans lequel elles avaient été établies s'atteignit par des voies différentes et plus sûres. Le mot novation se retrouve dans deux textes du droit justinien (note *c*), mais par une circonstance purement accidentelle et sans aucune signification pratique. Ainsi donc, lorsque plusieurs auteurs modernes représentent la novation résultant de la *lit. cont.*, comme une institution du droit justinien et même du droit actuel (*f*), rien ne justifie leur doctrine.

(*e*) L. 1, 2, de nov. (XLVI, 2), Gajus, III, § 176-179. — Du reste, je reconnais que cette conclusion, fondée sur l'analogie, n'a pas un caractère de certitude, car vu l'anomalie de l'institution ce point pouvait être réglé autrement.

(*f*) Ainsi Glück, Vol. VI, p. 205, et plusieurs autres auteurs.

Quant à l'influence de la *lit. cont.* sur l'avenir, il est certain qu'elle engendre un rapport obligatoire, qui répond complétement aux besoins fondés sur la nature générale des procès (§ 256). Mais nous avons à chercher sous quelles formes juridiques est constitué ce rapport obligatoire, et c'est là une question difficile et compliquée.

Pour les actions *in rem* nous avons le témoignage direct et positif de Gajus (*g*). Il nous dit

Pour l'opinion contraire, cf. Wächter, H., 3, p. 38 sq. — Je dois aussi abandonner la nouvelle novation que j'avais admise comme contenue dans le jugement (Vol. V, p. 347), trompé par l'ancienne phraséologie dont se sert Gajus, III, § 180, et par l'assertion de Justinien citée note *c*. Pour établir une novation dans le sens des Romains, on ne saurait invoquer aucun besoin pratique ni aucun témoignage certain. Voy. Wächter, H. 3, p. 47, 48. — Du reste, cela ne jette pas le moindre doute sur les nouveaux rapports de droit qu'engendre tout jugement régulier; j'en parlerai plus bas avec détails. Le résultat pratique est absolument identique à celui d'une novation véritable; car en présence du jugement le demandeur ne peut plus faire valoir son ancien droit. Néanmoins, je doute qu'un ancien jurisconsulte ait jamais appliqué au jugement l'expression de *novatio*. La péremption *ipso jure*, qui forme le caractère essentiel de la novation, résultait déjà de la *lit. cont.*, et dès lors il ne restait aucune place pour une seconde novation.

(*g*) Gajus, IV, 89. Voici le texte tout entier: « Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. Æquum enim visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quæ an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere : ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis æstimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis. » — Le § 91 dit expressément que cette stipulation était appelée *judicatum solvi*, de même que pour les actions personnelles.

que le défendeur a l'avantage de conserver la possession de la chose litigieuse pendant la durée du procès (possidere conceditur). Mais de son côté le défendeur doit, pour le cas où il succomberait, *promettre* une indemnité par une stipulatio judicatum solvi, et *garantir* cette indemnité en fournissant des cautions (*cum* satisdatione, *cavere*), ce qui plus tard donne la faculté au demandeur de poursuivre le défendeur lui-même ou ses cautions (aut *tecum* agendi, aut *cum sponsoribus tuis*). Quant à la stipulatio judicatum solvi des cautions, sans doute identique à celle du défendeur comme débiteur principal, son objet nous est clairement expliqué. Elle renfermait trois clauses : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo (*h*). — Ainsi pour les actions *in rem* nous devons, à côté de la *lit. cont.*, admettre une stipulation servant de base aux obligations spéciales qui résultent de la *lit. cont.* Nous n'avons aucun renseignement sur la forme de cette procédure. Je n'essayerai donc pas de déterminer si la *lit. cont.* se fondait avec la stipulation, ou bien si ces deux actes étaient dictincts mais simultanés.

Au reste il ne faut pas croire que cette stipulation opérât d'avance la novation de la future *judicati actio*, et l'empêchât de naître. Une semblable novation n'aurait eu rien d'impossible (*i*).

(*h*) L. 6, 17, 19, 21, jud. solvi (XLVI, 7).
(*i*) L. 5, de nov. (XLVI, 2).

Mais comme un élément essentiel de toute novation est la volonté de substituer une obligation à une autre (*k*), et que cette volonté n'existe pas ici, la *judicati actio* n'en prenait pas moins naissance, et ainsi le demandeur qui gagnait son procès avait à choisir entre l'*actio judicati* et l'action résultant de la stipulation, soit contre le défendeur, soit contre ses cautions (*l*).

Toute cette organisation de la *petitoria formula* n'avait d'ailleurs rien de nouveau. C'était la suite et le développement de l'ancien principe de droit qui avait fait instituer le *prædes litis et vindiciarum* dans la *legis actio*, et la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* dans la procédure *per sponsionem* (*m*).

Voici donc, d'après des témoignages certains, la marche suivie pour les actions *in rem*. Pour les actions personnelles, la chose est moins simple et moins claire.

Examinons d'abord les actions personnelles où la consommation s'opérait *ipso jure* par voie de

(*k*) L. 2, de nov. (XLVI, 2).

(*l*) L. 8, § 3, de nov. (XLVI, 2), L. 38, § 2, de sol. (XLVI, 3); Paulus, V, 9, § 3. — Buchka, *Einfluz des Prozesses*, I, 234, fait la même remarque, mais dans un but erroné — Ici il ne pouvait être question d'une novation réagissant sur le passé, et annulant une obligation primitive, comme dans le cas de plusieurs actions personnelles (note *a*, *b*, *c*, *d*), car en général les actions *in rem* n'avaient pas pour base une obligation.

(*m*) Gajus, IV, § 91, 94.

novation (note *a*). Elles se distinguent des actions *in rem*, en ce que le défendeur, pendant la durée du procès, ne donne aucune garantie spéciale, et en ce que le demandeur n'a point à craindre la destruction ou la perte de la chose litigieuse. Aussi la caution à fournir par le défendeur n'est pas ici la règle, mais l'exception (*n*). D'un autre côté nous pouvons admettre que le défendeur faisait une stipulation pour sa propre personne, et avec d'autant plus de raison que la novation en soi suppose l'existence d'une stipulation (note *e*). Cette stipulation devait sans doute renfermer les trois clauses ordinaires de la stipulation des cautions dans un procès (note *h*), et aussi il n'y aurait à cet égard aucune différence entre les actions personnelles et les actions *in rem*. — Nous devons aussi, et même avec plus de certitude, admettre une semblable stipulation du défendeur à une action personnelle; dans les cas exceptionnels ou par des motifs spéciaux, il était tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. En effet, la stipulation de la caution avait alors pour base la stipulation du défendeur, et non-seulement cela ressort de la nature même des choses, mais nous en avons aussi la preuve directe (*o*).

(*n*) Gajus, IV, § 102.

(*o*) L. 38, § 2, de sol. (XLVI, 3). Ainsi à côté de toute *satisdatio* il y avait *repromissio;* mais en l'absence de *satisdatio*

Dans les cas nombreux où ces stipulations accompagnaient l'action personnelle, la *doli clausula* y était toujours insérée (note *h*), et alors on comprend que depuis la *lit. cont.* les actions rigoureuses offraient la même latitude que les actions libres (*p*).

Enfin pour toutes les autres actions personnelles, c'est-à-dire celles où la *lit. cont.* opérait la consommation non *ipso jure* mais *per exceptionem* (sans novation), et où la caution *judicatum solvi* n'était pas exigée exceptionnellement, on pourrait toujours admettre une stipulation à côté de la *lit. cont.*, de sorte que dans tous les cas la *lit. cont.* aurait été accompagnée d'une stipulation. Mais cette hypothèse n'est confirmée par aucun témoignage, et même elle est peu vraisemblable, car elle détruirait l'explication la plus simple et la plus facile de la différence établie entre les deux classes d'actions, puisque la stipulation implique naturellement la novation et que son absence l'exclut.

Si donc nous admettons que pour cette classe nombreuse d'actions il n'existe pas de stipulation, comme ici encore la *lit. cont.* engendre

on l'appelait « *nuda* repromissio. » L. 1, § 5, de stip. præt. (XLVI, 1).

(*p*) Voy. Vol. V, p. 511. Ce passage doit être rectifié, d'après ce que je dirai, quant à l'étendue de son application, mais le fonds reste vrai.

évidemment une obligation nouvelle, nous devons chercher une autre forme de droit à laquelle se rattache cette obligation. Le même besoin se fait sentir pour les *extraordinaria judicia*, qui du temps de la procédure par formule constituaient l'exception et plus tard devinrent la règle générale. Ainsi, la recherche de cette forme de droit nous offre en réalité une question étendue et importante.

Voici la théorie généralement adoptée par les commentateurs du droit justinien. La *lit. cont.* est, disent-ils, un quasi-contrat, et dès lors elle engendre des obligations contractuelles (*q*). Nous pouvons adopter cette théorie, car elle reconnaît la nature contractuelle du rapport, qui n'est cependant pas un contrat véritable fondé sur une détermination libre. C'est un *contrat fictif*, comme la *negotiorum gestio* et la tutelle, où l'obligation résulte des actes de l'une des parties sans le concours de l'autre. Si dans la *lit. cont.* nous voyons agir les deux parties, la base de l'obligation ne repose pas sur une détermination libre qu'elles pourraient ne pas prendre, mais bien sur les prescriptions impérieuses du droit de la procédure (*r*).

(*q*) Keller, § 14, et avant lui la plupart des auteurs.

(*r*) Bethmann-Hollweg, p. 75, 79, n'admet pas de contrat, mais une convention de procédure dont l'objet est l'obéissance au *judicium*. Ce point de vue est vrai mais exclusif, et il n'ex-

J'ai quelques observations à ajouter sur la nature contractuelle ou quasi-contractuelle du rapport que la *lit. cont.* engendre dans toute espèce de procès.

La reconnaissance la plus générale du rapport de droit qui dérive de la *lit. cont.*, et indépendant en soi du rapport de droit antérieur, se trouve dans le texte suivant d'Ulpien :

L.[r] 3, § 11, de peculio (XV, 1) : « Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat; etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam *sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi;* proinde non originem judicii spectandam (*s*), sed ipsam judicati velut obligationem (*t*). »

Ce texte est également exact dans l'hypothèse

prime pas ce qu'il y a de plus important et de plus permanent dans l'ensemble de ce rapport. On trouve une expression très-bien appropriée à la chose dans la L. 3, pr. jud. solvi (XLVI, 7) : « sententiæ... se subdiderunt. » — Donellus, XII, 14, § 6-9, cherche à établir par des arguments fort subtils que la *lit. cont.* n'est pas un quasi-contrat, mais bien un véritable contrat tacite. Il oublie qu'un élément essentiel du contrat tacite ou exprès est la volonté libre, et que cette volonté n'existe pas ici.

(*s*) C'est-à-dire : non pas le rapport de droit primitif et fondamental qui précède le litige.

(*t*) C'est-à-dire : mais l'obligation résultant de la stipulation contenue dans la *lit. cont.*, et qui a pour objet l'exécution du jugement, L. 6, jud. solvi (XLVI, 7) « de re judicata. »

d'une stipulation réelle contenue dans la *lit. cont.*, ce qui pour l'ancien droit est presque certain, et dans l'hypothèse du quasi-contrat; il exprime donc avec beaucoup de précision le caractère général et permanent du rapport de droit engendré par la *lit. cont.*

La nature contractuelle ou quasi-contractuelle de ce rapport nous explique d'une manière satisfaisante plusieurs faits signalés dans le paragraphe précédent. D'abord, pourquoi la *lit. cont.* et non la conception de la formule sert toujours à désigner l'époque importante et décisive marquée dans tout procès. Le caractère de contrat imprimé à la *lit. cont.* servait de base aux effets juridiques commençant depuis cette époque; la formule était une instruction adressée au *judex*, et elle n'obligeait pas directement les parties. — Ensuite, pourquoi la *lit. cont.* se passait devant le préteur, et non devant le *judex*. Le préteur par son autorité était plus propre que le *judex* à imposer aux parties ce contrat sur lequel reposait tout le litige.

Cela nous explique encore comment le droit d'intenter une action populaire, qui en soi appartenait à tous les Romains, était transformé par la *lit. cont.* en une obligation véritable, faisant partie des biens du demandeur (*u*).

(*u*) Voy. les témoignages sur ce point, vol. II, § 73, note *ee*.

Il ne faudrait pas croire que le caractère de contrat ait été imposé à la *lit. cont.* arbitrairement ou par hasard, et que toutes ces conséquences énumérées plus haut, que l'on aurait pu regarder comme indifférentes ou dommageables en soi, aient été déduites logiquement. On voulait tout au contraire obtenir ces conséquences conformes à la nature du litige, et le caractère de contrat attribué à la *lit. cont.* (anciennement pour plusieurs actions, au moyen d'une stipulation réelle) remplit parfaitement ce but.

Le contenu du rapport contractuel est d'abord la soumission des deux parties au *judicium* (note *r*). Pour toutes les actions, cette soumission se réfère au jugement proprement dit, et en outre, pour les actions arbitraires, au *jussus* ou *arbitratus* préliminaire touchant la restitution de la chose en nature (*v*). Le contenu spécial et son motif ressortent avec évidence des considérations suivantes, puisées dans la nature générale du litige et des besoins qu'il s'agit de satisfaire (§ 256). Quand les deux parties se présentent devant le juge, on ignore entièrement laquelle a le bon droit de son côté. Dans cet état d'incertitude, il faut pourvoir à toutes les éventualités, ce qui oblige les parties à faire un contrat, ou bien,

(*v*) Voilà pourquoi l'inexécution du jugement est considérée comme l'inexécution d'une obligation, comme une *mora*. Voy. § 273, *u*.

d'après la règle générale du droit postérieur, à se laisser traiter de la même manière que si le contrat eût été fait. Le contenu de ce contrat, conforme aux besoins signalés plus haut, est la réparation du dommage résultant de la durée inévitable du procès (*w*); en d'autres termes, le demandeur qui gagne son procès doit obtenir tout ce qu'il aurait obtenu si le jugement eût pu être rendu dès l'origine du litige (*x*). Pour les actions *in rem*, voici comment Gajus motive et justifie ce contrat : on permet au défendeur de posséder la chose litigieuse pendant la durée du procès, mais de son côté il doit promettre l'indemnité portée au contrat, et la garantir par des cautions (*y*).

L'obligation contractuelle que je viens de décrire, relative aux transformations qui suivent la *lit. cont.*, a toujours existé en droit romain, et

(*w*) L. 91, § 7, de leg. 1 : « causa ejus temporis, quo lis contestatur, *repræsentari* debet actori. »

(*x*) L. 20, de R. V. (VI, 1) : « ut omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset. » — On retrouve le même langage dans la L. 31, de R. C. (XII, 1), et dans beaucoup d'autres textes. Ces assertions, de même que celle de la note *w*, émises à l'occasion de rapports de droits particuliers, seront reproduites dans l'exposé des détails. Il s'agissait seulement ici d'établir le point de vue général.

(*y*) Gajus, IV, § 89. — Voy. plus haut note *g*. En effet, on concevrait que dans ce but on peut recourir au séquestre comme garantie, et c'est à cela que répond le « possidere *conceditur*. »

existe encore dans le droit actuel. Seulement, la forme d'une stipulation expresse, même dans les cas où elle était anciennement employée, à complétement disparu du droit justinien.

§ CCLIX. *Ce qui constitue la* lit. cont. — II. *Droit canon et lois de l'Empire.*

Le droit canon a conservé le principe de la *lit. cont.* romaine (§ 257), mais il s'est surtout occupé d'une question à laquelle on a plus tard attaché la plus haute importance : comment et quand le défendeur peut-il être tenu d'accomplir de son côté les actes qui constituent une véritable *lit. cont.?* Ce sont d'abord une déclaration sur le contenu de la demande, et ainsi sur les faits qui lui servent de base, puis la présentation des exceptions qui peuvent exister (§ 257). En effet, on conçoit que si le défendeur se bornait à présenter des exceptions sans s'expliquer sur la demande, cela ne pourrait ni constituer ni remplacer la *lit. cont.*, et que le défendeur devrait être contraint de faire les actes nécessaires pour l'accomplissement d'une véritable *lit. cont.* Des prescriptions sur cet objet spécial, qui n'existent pas encore en droit romain, pourraient faire croire que la *lit. cont.* est exclusivement l'acte du défendeur, c'est-à-dire sa déclaration sur les *faits* allégués par le demandeur, tandis qu'en droit romain la *lit. cont.* résulte du

concours des deux parties, et même l'expression *litem contestari* désigne l'acte du demandeur et non celui du défendeur (§ 257, *g*). On verra plus bas que cette fausse apparence a fait naître une phraséologie vicieuse, qui par la suite a été généralement adoptée. Néanmoins cette erreur ne doit pas être attribuée au droit canon, et on n'y trouve aucune expression qui s'éloigne du droit romain.

Le plus ancien texte du droit canon relatif à la *lit. cont.* ne s'occupe pas encore de la question spéciale que je viens de développer (*a*). On soumit au pape Grégoire IX une espèce où les parties avaient présenté par écrit au juge leurs déclarations respectives (positiones et responsiones), sur divers points du litige (super pluribus articulis), et avaient exprimé ce qu'elles se proposaient de soutenir devant le tribunal (quæ partes *voluerunt* proponere coram eis). Le pape décide qu'il n'y a point là de *lit. cont.* valable, et que les parties doivent renouveler leurs déclarations pour constituer régulièrement le litige :

« Quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed *per petitionem in jure pro-*

(*a*) C. un. X. de lit. cont. (II, 5). — Les mêmes expressions sont littéralement reproduites dans une autre décrétale du même pape : C. 54, § 3, X. de élect. (1, 6).

positam et responsionem secutam litis contestatio fiat. »

De ce contraste il résulte que les actes préparatoires écrits sont insuffisants, et que pour une véritable *lit. cont.* il faut la comparution des parties devant le juge et leur déclaration complète sur l'objet du litige. Les écrits préliminaires sont ici opposés aux déclarations orales devant le juge, et cette décision du pape est entièrement conforme au droit romain.

Les deux décrétales suivantes concernent le rapport mentionné plus haut de la *lit. cont.* aux exceptions.

Le pape Innocent IV décide que le défendeur ne peut empêcher ni retarder la *lit. cont.* en présentant des exceptions, sauf néanmoins celles « de re judicata, transacta seu finita » (*b*).

Le pape Boniface VIII confirme cette décision avec cette addition très-naturelle, qu'une simple exception ne peut être considérée comme l'accomplissement de la *lit. cont.* (*c*).

Je vais maintenant exposer les changements essentiels apportés à la *lit. cont.* tant par les lois de l'Empire que par la pratique et la littérature des temps modernes (*d*). Pour donner une base

(*b*) C. 1, de lit. cont. in VI (II, 3). — C'est ce que dans la suite les auteurs ont appelé exceptiones litis ingressum impedientes.

(*c*) C. 2, de lit. cont., in VI (II, 3).

(*d*) Ce sujet est traité avec détails dans Wächter, H., 3, p. 70-88.

solide à cet exposé, il est bon de marquer tout d'abord le but final atteint après de longs développements, et de constater l'état de choses si bien établi par les auteurs et par la pratique, qu'en le confrontant avec les sources et en le critiquant au nom de la science, on ne peut dans l'application prétendre à une réforme que sur quelques points isolés.

Le principe moderne peut se formuler ainsi :

La *lit. cont.* est l'acte contenant la déclaration du défendeur sur les faits allégués dans la demande, et en conséquence distinct de toutes les exceptions.

Cette théorie s'éloigne du droit romain en deux points essentiels.

Premièrement. Elle réprésente la *lit. cont.* comme un acte émané du défendeur seul, tandis qu'en droit romain la *lit. cont.* résulte du concours des deux parties, et même cette expression désigne spécialement la participation du demandeur (§ 257).

Cette déviation tient moins à un changement dans les principes du droit que dans les formes de la procédure. Avec une instruction toute par écrit il ne peut y avoir d'acte fait simultanément par les deux parties, et l'on est obligé d'admettre comme *lit. cont.* un acte du défendeur qui, se rattachant par son contenu à un acte précédent du demandeur, forme un tout équivalent aux déclara-

tions respectives des parties faites, en droit romain, devant le magistrat ; aussi cette déviation est-elle étrangère aux lois de l'Empire, qui dans les termes et dans les audiences supposent toujours une déclaration orale des parties (*e*).

Cette déviation est également sans importance pour le but qui nous occupe, c'est-à-dire pour déterminer à quelle époque commencent les effets positifs de la *lit. cont.*, il s'agit seulement de bien se rendre compte de la différence qui existe sur ce point entre le droit romain et le droit actuel.

Secondement. Cette théorie s'éloigne du droit romain en ce qu'elle réduit la *lit. cont.* à une déclaration sur les faits allégués par le demandeur, tandis que le droit romain fait entrer dans la *lit. cont.* tous les matériaux dont se compose la *formula*; et ainsi, outre la déclaration sur les faits, toutes les exceptions, les répliques et dupliques. Au premier abord on pourrait croire que l'on a voulu faciliter et abréger la *lit. cont.*, car une simple déclaration sur les faits n'exige pas tous les détails de la *lit. cont.* romaine. Néanmoins on verra

(*e*) Artikel des K. G. zu Lindau, etc., von 1500, art. XIII, § 1, 2 (Neueste, Sammlung der R. A. Th. 2, p. 75). D'abord on s'exprime comme si la *lit. cont.* était l'acte du défendeur, puis on ajoute : « Item, et ainsi le débat *est fixé par les deux parties*, » etc. — K. G. O. von 1523, art. 3, § 3 (p. 248) : « Si l'on ne propose aucunes exceptiones,... *le demandeur doit fixer l'objet du litige*, etc. » (En marge on lit : Litis contestatio.)

tout à l'heure que par d'autres motifs ce résultat n'a point été obtenu.

Le principe moderne implique la nécessité tout à fait étrangère au droit romain de diviser la *lit. cont.* en *affirmative*, *négative* et *mixte*, suivant que le défendeur reconnaît les faits allégués par le demandeur ou les dénie, soit en totalité soit en partie (*f*). — Du reste, la *lit. cont.* affirmative se rattache nécessairement à des exceptions ; sans cela, loin d'exprimer l'intention de soutenir le litige, elle répondrait à la *in jure confessio* des Romains (*g*).

(*f*) On pourrait dire que la *lit. cont.* négative est une simple dénégation opposée à la demande, ce qui ne déciderait rien quant à la reconnaissance des faits totale ou partielle, et quant à la présentation des exceptions. Mais ce point de vue est étranger au droit romain, au droit canon, et même aux lois de l'Empire rendues postérieurement, comme je le montrerai tout à l'heure. Cette dénégation ne renfermerait rien que l'exclusion d'une pure *confessio*, c'est-à-dire la déclaration expresse de soutenir le procès, intention sur laquelle il n'existe aucun doute dans la plupart des cas. Cela ne fait pas faire un seul pas au débat judiciaire ; il n'y a donc aucun motif d'y attacher des conséquences pratiques. — D'anciennes lois de l'Empire admettent une *lit. cont.* dans le sens dont je viens de parler. (Voy. note *i*.)

(*g*) Les glossateurs ont souvent discuté la question de savoir si une pure *confessio* pouvait valoir comme *lit. cont.*, et servir de base à une condamnation. Cette discussion ne porte que sur les formes extérieures de la procédure, et n'a aucune importance pratique. En droit romain existe cette règle certaine : confessus *pro* judicato est (L. 1, de confessis, XLII, 2); un jugement était donc inutile, et on n'en prononçait pas. D'après la procédure prussienne, on dresse en pareil cas un acte équivalant à une reconnaissance (A. G. O. 1, 8, § 14-16).

La seconde déviation résulte déjà des lois de l'Empire, car elles s'occupent surtout d'empêcher que la *lit. cont.* ne puisse être différée, non pas néanmoins avec l'intention d'innover, mais en suivant la phraséologie alors dominante.

Pour mettre ce fait dans tout son jour, il est nécessaire d'exposer avec détails le contenu des lois de l'Empire, et l'on peut commencer par l'ordonnance de 1555, qui a remplacé les lois antérieures beaucoup moins complètes.

Cette loi admet trois jours d'audience par semaine, le lundi, le mercredi et le vendredi. Chaque nouveau terme est fixé par un certain nombre de jours d'audience calculés depuis le dernier acte de la procédure; c'est la douzième audience pour les affaires ordinaires (*in ordinariis*) et la sixième pour les affaires sommaires (*in extraordinariis*); la durée du terme varie donc selon la nature de l'affaire (Tit. I; tit. II, § 1). — En règle générale, la *lit. cont.* doit avoir lieu au second terme, c'est-à-dire à la douzième audience depuis le dernier terme. Cette règle souffre exception quand on propose des exceptions dilatoires ou qui suspendent la procédure (*h*). Ces exceptions doivent alors être examinées au troisième

(*h*) Tit. XIII, § 1 : « Quand le défendeur n'a point à opposer des *exceptiones dilatorias* ou autres susceptibles d'empêcher la fixation du litige, il doit, *in ordinariis*, répondre à la demande à la douzième audience, et fixer le point du litige. »

terme et même plus tard s'il y a des preuves à fournir (Tit. XXIV-XXVI). Les autres exceptions péremptoires doivent être présentées le quatrième terme principal, et de même jugées en trois termes (Tit. XXVII-XXIX).

Relativement à la *lit. cont.*, il est dit que le défendeur résolu à soutenir le procès doit repousser la demande non par de longs discours, comme on l'a fait jusqu'à présent, mais en peu de mots et sommairement, sans entrer dans le détail des faits (*i*). Les déclarations spéciales sur les différents points allégués par le demandeur doivent venir au quatrième terme, et ainsi ces *responsiones* à tous les chefs de la demande sont distingués de la *lit. cont.* par leur dénomination et par la place qui leur est assignée dans la procédure (Tit. XV, § 4).

Ces prescriptions ont pour but de faciliter et de hâter la *lit. cont.*, car le défendeur ne peut guère se refuser à une dénégation générale, toujours moins longue et plus facile que des déclarations spéciales. D'un autre côté, le défendeur

(*i*) Tit. XIII, § 4 : « Et comme les *Procuratores in litis contestationibus* ont de tout temps tenu des discours inutiles et superflus..., nous ordonnons que tout *Procurator* qui n'accède pas à la demande et veut dès-lors *litem negative contestari* s'exprime en ces termes, et non autrement : *Dans l'affaire N. contre N. je n'accède pas à la demande, et supplie qu'elle soit rejetée;* et ainsi l'objet du litige se trouvera fixé, quand même il n'y aurait point de *litiscontestation* expresse. » Cf. note *f*.

qui voulait traîner le procès en longueur pouvait quelquefois, au moyen de diverses exceptions et des délais qu'elles entraînent, se dispenser même de la dénégation générale et empêcher ainsi la *lit. cont.* (note *h*).

L'ordonnance de 1570 remédia à cet abus en prescrivant que lors du second terme, à côté des exceptions dilatoires, une *lit.*, *cont.* éventuelle aurait lieu dans tous les cas (*k*).

Cette disposition fut confirmée et étendue dans la nouvelle loi de l'Empire sur la procédure (*l*). En effet le dernier recez de l'Empire ordonne que dès le premier terme, et néanmoins avec un délai d'au moins soixante jours, le défendeur doit, sous peine de forclusion, présenter toutes ses exceptions et faire une déclaration spéciale sur tous les faits contenus dans la demande. — Cette déclaration sur les faits n'est point appelée *lit. cont.*, mais cette expression se trouve ailleurs dans la même loi (*m*), et il n'est pas douteux quelle s'applique à la déclaration dont je viens de parler. Dans un cas seulement le défendeur peut refuser la *lit. cont.* : quand il conteste la compétence du juge (*n*).

(*k*) R. A. 1570, § 89, 90; Neueste Sammlung, Th. 3, p. 299.

(*l*) J. R. A. von 1654, § 36-40; Neueste Sammlung, Th. 3, p. 648, 649. — Le principal texte est le § 37.

(*m*) § 110 : « Non-seulement avant la fixation du litige et la *litiscontestation*, etc. »

(*n*) § 37, in fin. et § 40.

On ne saurait méconnaître les améliorations qui résultent de cette loi, et si elle eût été rigoureusement exécutée elle aurait toujours répondu aux besoins de la pratique. Néanmoins elle laisse encore au défendeur de nombreux moyens pour retarder la *lit. cont.* Ainsi, on peut singulièrement abuser de l'exception d'incompétence. Ensuite, quand le défendeur ne comparaît pas au premier terme les formalités exigées en ce cas par le § 36 entraînent de longs délais.

Cette loi surtout n'a point d'application immédiate à la procédure toute par écrit, qui plus tard a été établie dans la plus grande partie de l'Allemagne, procédure où il n'y a plus de terme pour les déclarations orales, mais ce que l'on appelle les *quatre pièces par écrit*. Si l'on appliquait ici loyalement et avec rigueur le recez de l'Empire, il faudrait placer la *lit. cont.* dans *l'acte écrit d'exception*, où est contenue la déclaration sur les faits de la demande, soit qu'il y ait ou n'y ait pas d'exceptions. Assigner cette place à la *lit. cont.* serait se conformer à l'esprit véritable du droit romain, sauf une modification d'ailleurs secondaire, qu'en droit romain la *lit. cont.* contenait les répliques et les dupliques, et qu'ici elles sont renvoyées au troisième et au quatrième *acte par écrit* (*o*).

(o) Le *status causæ et controversiæ* de la procédure prussienne a plus de rapport avec le principe de la *lit. cont.* des Romains. Il y a seulement cette différence pratique très-essentielle, que le

Cependant il reste toujours au défendeur de mauvaise foi plus d'un moyen de retarder arbitrairement la *lit. cont.* et de porter atteinte aux droits du demandeur. Ainsi, il peut multiplier les demandes de délais, et prolonger abusivement ceux qu'entraîne l'exception d'incompétence, il peut enfin trouver de nombreux prétextes pour refuser ou pour s'abstenir de faire la *lit. cont.* La procédure du droit commun ne fournit aucune arme pour déjouer avec certitude ces manœuvres déloyales. Voici en outre une circonstance qui n'est point à négliger. Si, d'après les idées reçues, la *lit. cont.* consiste dans la déclaration sur les faits, comment doit-on procéder si cette déclaration est vague, inintelligible ou incomplète, si, par exemple, elle ne porte que sur une partie des faits allégués dans la demande? On pourrait vouloir, par une sorte de fiction, la considérer comme une *lit. cont.* véritable; il faudrait alors faire un pas de plus, et dire que toute proposition d'exception, alors même qu'elle ne contiendrait aucune trace d'une déclaration sur les faits, constitue une *lit. cont.* fictive. Mais tout cela est purement arbitraire, et ce serait se faire illusion que de croire appliquer ainsi le droit romain, les lois de l'Empire, ou même la pratique moderne. — Si dans beaucoup de pays on n'a pas ressenti les consé-

status est fixé à la fin des délais, et que le nombre et la longueur de ces délais varie d'après la volonté des parties.

quences fâcheuses de ces difficultés, il faut l'attribuer à la vigilance des tribunaux et à ce que la pratique a cessé de prendre la *lit. cont.* comme point de départ des changements opérés pendant le cours du procès. Je reviendrai là-dessus en finissant.

La procédure de la Saxe nous montre à quel point peuvent aller les abus en pareille matière. Là il n'est pas rare de voir une instance entière engagée sur le refus du défendeur de faire la *lit. cont.*, et le jugement qui l'y condamne est attaquable par toutes les voies de droit et soumis à tous les degrés de juridiction.

§ CCLX. *Effets de la* litiscontestatio. — *Introduction.*

Voyons maintenant quels sont les effets de la *lit. cont.*, et comment ils se rattachent au principe posé plus haut, que le but de cette institution est la réparation du dommage occasionné par la durée inévitable du procès (§ 256, 258). Ces effets, que je vais énumérer, doivent être considerés comme des développements de ce principe fondamental. Néanmoins quelques observations préliminaires sont indispensables pour donner une base solide à cet exposé.

I. Les principes établis en cette matière par les jurisconsultes romains se rapportent à deux

sortes d'applications, mais qui par leur contenu ont entre elles tant d'analogie, que l'on peut leur attribuer une signification identique.

La plupart de ces principes portent sur la question de savoir ce que doit renfermer le jugement par suite de la *lit. cont.*, et ils sont encore directement applicables au droit actuel.

D'autres portent sur une question qui ne peut se présenter que pour les *arbitrariæ actiones* (§ 221), celle de savoir quels actes doit faire le défendeur après la *lit. cont.* et sur l'injonction du *judex* pour éviter le jugement. Ces actes consistent, comme on l'a vu plus haut, en une restitution ou en une exhibition. La question peut donc se poser ainsi : Qu'est-ce que doit faire volontairement le défendeur pour éviter le jugement ? ou bien encore : Qui est-ce qui constitue une restitution efficace pour prévenir la condamnation (*a*)? Qui est-ce qui constitue une véritable exhibition (*b*)?

Ces deux questions, malgré la différence des termes dans lesquels elles sont posées, sont en réalité identiques, de sorte que la réponse à l'une de ces questions peut sans crainte d'erreur servir de réponse à l'autre. En effet il y a identité de contenu entre la restitution suffisante pour empêcher le jugement, et le jugemeut à prononcer

(*a*) L. 35, 75; 246, § 1, de V. S. (L. 16); L. 20, L. 35, § 1, de rei vind. (VI, 1).

(*b*) L. 9, § 5, 6, 7, 8, ad exhib. (X, 4).

à défaut de restitution volontaire (*c*), et réciproquement. — Comme nous n'avons plus d'*arbitrariæ actiones* (§ 224), les décisions relatives à la restitution et à l'exhibition véritable nous offrent l'avantage indirect de savoir ce que doit renfermer le jugement dans les cas où il y a nécessité de le prononcer (*d*).

II. Les effets matériels de la *lit. cont.* sont de procurer un avantage au demandeur; car c'est à lui que la durée inévitable du litige porte préjudice, et c'est contre ce préjudice que doit le protéger la réduction artificielle du jugement à l'epoque de la *lit. cont.* (*e*).

Néanmoins ce principe n'est pas tellement absolu, que dans tous les cas cette réduction doive procurer un avantage au demandeur, ou même l'indemniser de toute perte. Il peut y avoir d'au-

(*c*) Avec cette différence néanmoins, que le jugement ne pouvait porter que sur une somme d'argent, tandis que la restitution se faisait en nature. Voy. vol. V, § 221. Sans doute dans certains cas particuliers la restitution ne donne pas les mêmes résultats que le jugement qui serait intervenu plus tard. Mais en général il y a évidemment identité de contenu entre la restitution et le jugement.

(*d*) Sans doute en droit actuel, comme dans l'ancien droit romain, il n'y a pas de condamnation quand, dans le cours du procès, le défendeur exécute tout ce que demande son adversaire. Mais aujourd'hui cela n'a aucune importance pratique, tandis que, en droit romain, les *arbitrariæ actiones* offraient au défendeur un moyen artificiel d'éviter un plus grand dommage par une restitution ou une exhibition volontaire.

(*e*) L. 86, 87, de R. J. (L. 17); L. 29. de Nov. (XLVI, 2).

tres considérations pratiques dont la combinaison mène dans certains cas à un autre résultat. Quelquefois ces considérations sont assez puissantes pour empêcher toute application de la réduction.

Ainsi, en général, nous voyons dans cette institution une certaine flexibilité pratique.

Le principe dont nous allons étudier le développement repose sur un besoin tellement naturel, que nous devons nous attendre à le trouver de bonne heure reconnu. Effectivement son influence se manifeste déjà dans l'ancienne revendication au moyen de la *legis actio*. Dès l'origine du litige, le défendeur devait fournir un *prædes litis et vindiciarum*, une caution qui garantît la restitution de la chose et des fruits, c'est-à-dire une caution contre le préjudice résultant pour le demandeur de ce qu'il devait attendre la fin du procès. Plus tard dans la revendication *per sponsionem*, on substitua à l'ancien *prædes* une stipulation *pro prœde litis et vindiciarum*, c'est-à-dire un autre formalité pour atteindre le même but; et celle-ci, sous une autre forme et sous un autre nom, est devenue la stipulation *judicatum solvi* de la *petitoria formula* (*f*).

(*f*) Gajus, IV, § 91, 94, 89. Cf. plus haut. § 258, *g*. — On pourrait croire que la *petitoria formula* ne contenait pas de convention relativement aux fruits pendant la durée du procès. mais elle résulte de ces termes du § 89 : « ut si victus sis, *nec rem ipsam restituas,* » rel.; car le défaut de *restituere* violant la stipulation du défendeur et des cautions (*commissa stipulatio*),

Il faut donc rejeter comme contraire à l'histoire la doctrine d'un auteur moderne (*g*) qui regarde le principe de la réduction à l'époque de la *lit. cont.* comme introduit par une loi positive, un sénatus-consulte d'Hadrien sur la pétition d'hérédité. Le principe lui-même était fort ancien; mais sans doute il n'avait été nulle part posé sous une forme abstraite, et on ne le retrouvait que dans ses applications particulières. Transformé successivement par les jurisconsultes, il passa dans le sénatus-consulte d'Hadrien, qui contribua ainsi à son développement. Tous ceux qui ont écrit postérieurement à ce texte législatif, le plus explicite peut-être qu'il y eût sur cette matière, ont dû naturellement le prendre comme point de départ de leurs discussions, sans vouloir nullement faire entendre que ce principe ait été introduit par Hadrien, et qu'il n'était pas en vigueur avant lui (*h*).

l'action alors ouverte entraînait l'indemnité pour *omnis causa*. Voy. les textes cités note *a*.

(*g*) Heimbach, *Lehre von der Frucht*, p. 155 sq. — Cette opinion aurait quelque apparence de fondement si ce principe se trouvait mentionné seulement au sujet des actions résultant de l'hérédité ou de la propriété; mais on le retrouve aussi au sujet des condictions, et personne ne prétendra qu'elles aient été créées sous l'influence du Sc. Juventianum. Cf. L. 31, de reb. cred. (XII, 1).

(*h*) C'est ainsi qu'il faut entendre ce passage de Paul dans la L. 40, pr. de her. pet. (V, 3) : « Illud quoque, *quod in oratione D. Hadriani est*, ut post acceptum judicium, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. »

VI. Notre principe se résout en deux règles principales.

Il peut arriver que les conditions juridiques de la condamnation existent à l'époque de la *lit. cont.*, et cessent d'exister pendant la durée du litige. Notre principe veut que la condamnation n'en soit pas moins prononcée.

Il peut arriver que la condamnation, à l'époque où elle intervient, procure au demandeur des avantages moindres que si elle eût été prononcée lors de la *lit. cont.* Notre principe veut que le jugement ait assez d'extension pour compenser cette différence.

La première règle, par une réduction artificielle à l'époque de la *lit. cont.*, assure la condamnation, qui sans cela n'aurait pas dû être prononcée.

La seconde règle détermine l'extension de la condamnation de manière à procurer au demandeur les mêmes avantages que si le jugement eût été rendu lors de la *lit. cont.*

Ces deux règles réunies, c'est-à-dire le principe complet où elles sont contenues comme applications, se traduisent par les expressions suivantes : *causa* præstanda est, ou *causa* restitui debet (*i*).

(*i*) La plupart des textes où se trouvent ces expressions ne parlent que de la seconde règle, celle dont l'application a le plus d'importance, et le plus souvent de la restitution des fruits. Voici néanmoins des textes dont les termes embrassent évidemment les deux règles, § 3, J. de off. Jud. (IV, 17), L. 35, de V. S. (L.

Ainsi donc *causa* ou *omnis causa, causa omnis*, désigne tout ce qui, en vertu de ces règles, doit être attribué au demandeur par le jugement.

§ CCLXI. *Effets de la* lit. cont. — I. *La condamnation assurée.*

Nous avons d'abord à énumérer les cas où les conditions de la condamnation existent à l'époque de la *lit. cont.*, mais cessent d'exister pendant la durée du litige. La *lit. cont.* a ici pour effet d'assurer la condamnation (§ 260).

I. Prescription de l'action depuis la *lit. cont.*

Un cas commun aux actions de toute espèce est celui où la prescription commencée lors de la *lit. cont.* s'achève pendant le procès.

D'après l'ancien droit, il résulte de la *lit. cont.* que la condamnation n'en doit pas moins être prononcée ; en d'autres termes : la *lit. cont.* interrompt la prescription commencée. Le droit romain nouveau décide que l'insinuation de la demande interrompt absolument la prescription de l'action, et par là se trouve absorber l'effet attribué par l'ancien droit à *lit. cont.* (§ 242, 243).

II. Usucapion depuis la *lit. cont.*

16) : « Restituere autem is intelligitur qui simul *et causam actori reddit*, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, *id est et usucapionis causam, et fructuum.* » Or, la *usucapionis causa* est une application de la première règle.

Pour les actions *in rem*, il peut arriver que le droit du demandeur, la propriété, par exemple, qui existait lors de la *lit. cont.*, périsse pendant le litige; cela ne doit pas empêcher la condamnation.

Le cas le plus important de cette espèce est celui de l'usucapion. En effet, lorsque le défendeur qui a commencé l'usucapion à l'époque de la *lit. cont.*, l'achève pendant le litige, de sorte qu'à l'époque du jugement le véritable propriétaire est le défendeur, non plus le demandeur, comment venir au secours de celui-ci (*a*)?

Rien ne semble plus naturel que d'assimiler ce cas à celui de la prescription, et de décider que la *lit. cont.* ou bien l'insinuation interrompt l'usucapion, de sorte que la propriété ne change pas de mains.

Néanmoins cette pensée est entièrement étrangère au droit romain, qui reconnaît de la manière la plus formelle (*b*) la continuation et l'accomplissement de l'usucapion pendant le litige. Mais il vient au secours du demandeur par une voie indirecte, en obligeant le défendeur à restituer

(*a*) Ce cas est très-bien traité dans Keller, p. 173-179.

(*b*) L. 2, § 21, pro emt. (XLI, 4); L. 17, § 1, in f. de rei vind. (VI, 1). — Les textes cités dans la note suivante prouvent également ce principe, car la restitution de la propriété ne serait ni nécessaire ni possible si le défendeur n'eût pas acquis la propriété au moyen de l'usucapion.

au demandeur la propriété ainsi acquise, ce qui, dans l'ancien droit, devait souvent s'effectuer par la mancipation, et dans le droit nouveau doit toujours s'effectuer par la tradition. Le défendeur doit en outre fournir caution pour le cas où il aurait opéré des changements préjudiciables au droit sur la chose, pendant le temps qu'il en a été propriétaire (*c*).

On a soutenu par deux motifs différents que ces règles n'étaient plus applicables au droit actuel, et que la *lit. cont.* (ou l'insinuation) interrompait aussi l'usucapion. D'abord on a dit que par suite de la *lit. cont.* le possesseur cessait d'être de bonne foi, et que d'après le droit canon l'usucapion est interrompue par toute espèce de *mala fides*, même la *mala fides superveniens* (§ 244). — Je reviendrai plus bas (§ 264) sur la mauvaise foi que l'on prétend faire résulter de la *lit. cont.*; quand même on voudrait l'admettre dans un sens figuré et par une sorte de fiction, ce ne serait pas du moins dans la signification directe que lui donne incontestablement le droit canon; car il serait déraisonnable de dire que

(*c*) L. 18, 20, 21, de rei vind. (VI, 1); L. 35, de V. S. (L. 16; cf. § 260, *t*); L. 8, § 4, si serv. (VIII, 5): « quemadmodum placet in dominio ædium. » — Si la L. 18 cit. porte : « debet eum *tradere*, » cela est une interpolation évidente, car Gajus savait fort bien que la propriété d'un esclave se transférait non par la tradition, mais seulement par une mancipation ou par une *in jure cessio*.

depuis la *lit. cont.* tout défendeur se trouve en état de péché, et c'est en ce sens que le droit canon entend la *mala fides.* — Ce motif doit donc être rejeté comme tout à fait insoutenable (*d*).

On a donné pour le changement de la règle un second motif, beaucoup plus spécieux. A côté de l'usucapion, et comme son complément, on avait établi très-anciennement une *longi temporis præscriptio* de dix ou de vingt ans. C'était réellement là une prescription d'action, et, comme toute autre prescription, elle était sans aucun doute interrompue par la *lit. cont.* (depuis par l'insinuation) (*e*). Or, pour les immeubles Justinien a attaché les effets de l'usucapion à la *longi temporis possessio*, qui autrefois motivait seulement une *prescriptio ;* en cas de *bona fides*, il a attaché les mêmes effets à la possession de trente ou de quarante ans, et cela sans distinction entre les meubles et les immeubles (*f*). Là-dessus deux opinions se sont élevées. Les uns on dit que la possession de dix, ving et trente ans, même après que Justinien lui eut attribué les effets de l'usucapion, avait conservé sa nature originaire de prescription d'action, et que dès lors elle était interrompue

(*d*) C'est ainsi que la chose est exposée dans Kierullf, p. 277, et dans Wächter, H., 3, p. 105.

(*e*) L. 1, 2, 10, C. de præscr. longi temp. (VII, 33); L. 2, C. ubi in rem. (III, 19); L. 26, C. de rei vind. (III, 32).

(*f*) L. 8, pr. § 1, C. de præscr. XXX (VII, 39), de l'an 528.

par l'insinuation de la demande (*g*). Les autres soutiennent que toute possession à laquelle Justinien a attribué les effets de l'usucapion constitue une usucapion véritable, seulement avec d'autres délais que ceux de l'ancien droit; que ainsi elle est directement soumise aux dispositions de l'ancien droit sur l'usucapion, et que dès lors la *lit. cont.* n'interrompt pas le cours de ces usucapions, mais oblige le défendeur à restituer la propriété.

Je me range à cette seconde opinion, et ma raison principale est que Justinien lui-même impose le titre d'usucapion à la possession de trois, dix et vingt ans (*h*), et qu'ainsi il a voulu la soumettre aux règles établies par ses lois en matière d'usucapion. — A l'appui de l'opinion contraire on invoque une constitution de Justinien (*i*) dont voici le contenu. Le propriétaire qui ne peut exercer la revendication contre le possesseur

(*g*) Wächter, H., 3, p. 99-104.

(*h*) Pr. J. de usuc. (II, 16) : « et ideo Constitutionem super hoc promilgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, i. e. inter præsentes decennio, inter absentes vigenti annis, *usucapiantur*. » — La possession trentenaire est ici omise, soit par négligence, soit à cause de sa nature exceptionnelle; mais on ne saurait induire de ce silence une différence essentielle. La possession trentenaire contient une usucapion véritable, et c'est par une circonstance accidentelle qu'on ne lui donne pas cette dénomination.

(*i*) L. 2, C. de ann. exc. (VII, 40).

de sa chose, parce que ce possesseur est absent, enfant ou aliéné, doit porter son action devant le *præses*, ou devant l'évêque, ou devant le *defensor*, etc.

« Et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit. » (On lit auparavant : interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem.)

De ces mots on conclut que l'action interrompt effectivement l'usucapion. Mais dans cette loi Justinien avait évidemment pour but de fournir un expédient pratique dans un cas d'urgence fort rare, et non de déterminer la nature essentielle de ces rapports de droit. La nouvelle loi répond parfaitement à ce besoin pratique, et sous ce rapport elle pouvait très-bien employer le mot *interruptio*; car si le demandeur était réellement propriétaire, peu lui importait que l'usucapion fût interrompue, ou que son adversaire dût être condamné à lui restituer la propriété. L'usucapion de trois ans, du moins, ne dérive certainement pas d'une ancienne prescription d'action, et il n'y avait pas le moindre prétexte pour lui enlever le caractère d'usucapion proprement dite, et pour la transformer en une prescription d'action; néanmoins cette loi la mentionne comme les autres cas, et la place absolument sur la même ligne.

Au reste, toute cette controverse offre peu d'in-

térêt pour la pratique. Les cas où le danger d'une usucapion doit être écarté par une action sont en général assez rares, et alors il est très-indifférent pour l'ancien propriétaire d'être protégé par l'interruption de l'usucapion, ou, d'après mon opinion, par le secours que lui donnait l'ancien droit romain.

Les règles que je viens d'exposer pour l'usucapion s'appliquent également quand une servitude est réclamée par une action confessoire, et que le délai légal fixé pour le non-usage expire pendant le litige et postérieurement à la *lit. cont.* Dans ce cas la servitude est réellement éteinte par le non-usage ; mais le défendeur doit être condamné à la rétablir, par un nouvel acte juridique, une *in jure cessio*, d'après l'ancien droit, un contrat, d'après le droit nouveau (*k*).

III. Actions personnelles dont la base cesse d'exister depuis la *lit. cont.*

Relativement aux actions personnelles se présente d'abord le cas où pendant le procès l'obligation vient à être éteinte, et cela par une prestation volontaire du défendeur. Il semblerait que l'on n'a jamais pu mettre en doute que tout débat fût alors terminé. Cela avait effectivement lieu pour les actions arbitraires, où tout tendait à obtenir

(*k*) L. 5, § 5, si ususfruc. (VII, 6); L. 10, de usufr. accresc. VII, 2); L. 8, § 4, si serv. (VIII, 5); cf. Keller, p. 175.

une exécution volontaire comme condition d'une absolution. Quant aux autres actions, la question était controversée, mais sans doute seulement quant aux actions rigoureuses. Les Proculéiens pensaient que le défendeur n'en devait pas moins être condamné. Les Sabiniens pensaient qu'il devait être acquitté, ce qu'ils exprimaient par cette règle : *omnia judicia esse absolutoria* (*l*). Cette dernière opinion a été naturellement adoptée par Justinien (*m*).

Indépendamment de l'exécution volontaire, il y a encore d'autres cas d'une moindre importance, où la condition primitive d'une action personnelle vient à cesser pendant le procès.

Celui qui avait été volé par un esclave avait une action noxale contre le propriétaire de cet esclave; la propriété était exigée à l'époque de la *lit. cont.* Si plus tard le défendeur aliénait l'esclave, il n'évitait pas la condamnation, quand même la vente eût été faite au demandeur (*n*).

Il faut comme condition fondamentale de l'ac-

(*l*) Gajus, IV, § 114. Même d'après l'opinion la plus rigoureuse, le défendeur n'est probablement pas tenu à une double prestation; peut-être était-il protégé à cet effet par une *condictio sine causa*. Cette question est traitée avec détails dans Keller, p. 180-184.

(*m*) § 2, J. de perpet. (IV, 12). Une trace de l'opinion rigoureuse condamnée a été conservée sans doute par inadvertance dans la L. 84, de V. O. (XLV, 1); cf. vol. V, p. 146, et Wächter, H., 3, p. 26.

(*n*) L. 37, L. 38, pr. de nox. act. (IX, 4).

tion *ad exhibendum*, que le demandeur ait un intérêt juridique à l'exhibition. Or, quand cet intérêt existe lors de la *lit. cont.* et plus tard vient à cesser, d'après notre principe le défendeur devait être condamné. Mais ici la règle souffre une exception, car il faut que l'intérêt du demandeur subsiste encore à l'époque du jugement (*o*).

D'après la L. Julia, l'action contre un affranchi relative à une *operarum obligatio* était non recevable si l'affranchi avait deux enfants. Quand le second enfant naît depuis la *lit. cont.* et pendant le procès, d'après la rigueur de notre principe la condamnation devrait être prononcée. Néanmoins on décide ici le contraire, évidemment par suite de la faveur qui a fait établir le privilége lui-même (*p*).

§ CCLXII. *Effets de la* lit. cont. — I. *La condamnation assurée* (Suite).

IV. Transmission des actions aux héritiers.

Parmi les actions personnelles il y en a plusieurs qui ne peuvent être intentées contre les héritiers du débiteur originaire, et parmi celles-ci les actions pénales sont les plus importantes. La règle fondamentale est que ces actions se poursuivent contre les héritiers quand la mort du défendeur

(*o*) L. 7, § 7, ad exib. (X, 4).
(*p*) L. 37, pr. § 6, de op. libert. (XXXVIII, 1).

est postérieure à la *lit. cont.* (*a*). Cette règle est la conséquence directe de l'obligation contractuelle contenue dans la *lit. cont.* Cette obligation absorbe le caractère spécial du rapport de droit originaire qui rendait l'action non transmissible.

V. Ouverture du droit depuis la *lit. cont.*

Nous venons d'examiner les cas où le droit du défendeur existant à l'époque de la *lit. cont.* cesse d'exister pendant le litige, et nous avons reconnu qu'en vertu de notre principe ce changement ne doit pas préjudicier au demandeur. Nous avons maintenant à nous occuper du cas inverse, celui où le droit du demandeur qui n'existait pas lors de la *lit. cont.* prend naissance pendant le litige; ainsi, par exemple, quand un non-propriétaire revendique un immeuble et pendant le procès devient l'héritier du propriétaire, ou bien quand le payement d'une dette étant réclamé par un individu autre que le créancier, cet individu acquiert la créance pendant le litige comme héritier du créancier véritable (*b*).

(*a*) L. 58, de O. et A. (XLIV, 7); L. 29, de nov. (XLVI, 2); L. 87, 139, pr. de R. J. Cf. Vol. V, § 211, *g*; § 230, et Keller, § 20. — La L. 33 de O. A. (XLIV, 7), qui présente ici la principale difficulté, a été expliquée § 257. — Les actions, beaucoup plus rares, qui ne passent pas aux héritiers du demandeur sont soumises à des règles toutes différentes, et la *lit. cont.* ne les rend pas transmissibles aux héritiers.

(*b*) Cette question est traitée dans Voetius, VI, 1, § 4 (avec

Ici il est évident que notre principe ne trouve pas d'application. En effet, si l'on voulait baser une condamnation sur le droit nouvellement acquis, le demandeur ne serait pas protégé contre un préjudice résultant de la durée du procès (et c'est là l'unique but de notre principe), mais il y trouverait un avantage, puisque sa demande eût été certainement rejetée à l'époque de la *lit. cont.*

Ensuite cette question présente un intérêt pratique bien moindre. Dans les cas inverses énumérés plus haut il s'agissait de protéger le demandeur contre la perte du droit lui-même, si, par exemple, la prescription de l'action ou l'usucapion n'avait pas été interrompue. Ici la perte du droit lui-même ne peut arriver dans aucun cas. Si le demandeur peut exciper de son nouveau droit dans l'instance engagée, il atteint immédiatement son but; s'il ne le peut pas, sa demande est rejetée, mais il a la faculté de faire valoir son droit par une autre action, et ainsi il ne perd que le temps et les frais du procès. Cela était conforme même à la rigueur de l'ancien droit romain, car le droit nouvellement acquis constituait une *nova causa*, et dès lors il n'avait pas été amené *in judicium* et consommé par la pre-

brièveté est profondeur); dans Glück, vol. VIII, p. 147-151, qui cite un grand nombre d'auteurs, et dans Wächter, H., 3, p. 120-124.

mière action (*c*). L'intérêt de cette question porte donc non sur le fond du droit, mais sur la procédure, ce qui du reste ne fait pas qu'elle doive être étudiée avec moins de soin.

A) en droit romain, le droit nouvellement acquis ne peut servir de base à la condamnation. Les textes suivants sont décisifs sur ce point.

L. 23. de jud. (V, 1) de Paul : « Non potest videri venisse in judicium id quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est. » C'est-à-dire : les changements survenus depuis la *lit. cont.* ne peuvent influencer la décision du *judex;* pour en exciper il faut une action nouvelle (*d*). La règle est ici posée en termes absolus sans distinction entre les actions *in rem* ou *in personam*, *stricti juris bonæ fidei*.

L. 35. de jud. (V, 1) de Javolenus : « Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse, vel de his rebus quæ postea in obligationem adventuræ sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit. Judicium vero antequam aliquid debeatur non posse. » Ce texte

(*c*) L. 11, § 4, 5, de exc. rei jud. (XLIV, 2). Je ferai usage de ce texte tout entier quand je traiterai du jugement.

(*d*) *Interpellare* pour *judicio interpellare*, actionner se trouve fréquemment, par exemple L. 1, de distr. (XX, 5); L. 13, § 3, de injur. (XLVII, 10).

ne parle que des actions personnelles, mais il en parle en termes généraux, sans distinction entre les actions rigoureuses et les actions libres.

Nous voyons la confirmation de cette règle dans son application à l'*actio ad exhibendum*. La condition de cette action est un intérêt juridique du demandeur à l'exhibition. Si maintenant cet intérêt manque lors de la *lit. cont.*, mais prend naissance dans le cours du litige, l'action est rejetée, car l'intérêt doit exister tant à l'époque de la *lit. cont.* qu'à l'époque du jugement (*e*).

Nous trouvons une autre confirmation de cette règle dans un principe important, dont l'exposé complet appartient à la théorie du jugement. Quand le demandeur n'acquiert la propriété de la chose litigieuse que depuis la *lit. cont.*, le jugement qui rejette sa demande ne peut lui être opposé comme exception contre une revendication nouvelle (*f*). Cette décision est générale, et elle n'exprime pas si l'acquisition est antérieure ou postérieure au premier jugement. A la vérité, on se contente de nier l'efficacité de l'*exceptio rei judicatæ* pour le second procès, et on ne discute pas formellement la question de savoir si le juge devait avoir égard à l'acquisition de la propriété opérée dans le cours de la première instance. Mais les motifs donnés par le juriscon-

(*e*) L. 7, § 7, ad exhib. (X, 4); cf. § 261, *o*.
(*f*) L. 11, § 4, 5, de exc. rei jud. (XLIV, 2).

sulte à l'appui de sa décision nous prouvent qu'il regarde comme impossible un pareil jugement (*g*).

Plusieurs auteurs ont cru trouver une contradiction à cette règle dans le texte suivant de Paul (*h*) :

« Si mandavero tibi ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea, mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat. » Cette contradiction n'existe réellement pas. Le mandat de recevoir l'argent une fois accepté, l'*actio mandati* est parfaitement fondée, et le recouvrement opéré pendant l'instance peut tout au plus modifier le contenu et l'étendue du jugement. Paul ne veut donc pas dire que la condamnation ne doit être prononcée que comme conséquence du recouvrement (*i*) ; il décide qu'après le recouvrement le mandataire doit être condamné à restituer la somme reçue, tandis qu'auparavant il ne devrait être condamné qu'à

(*g*) L. cit. «... alia enim causa fuit prioris dominii, hæc nova nunc accessit. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. »

(*h*) L. 17, mandati (XVII, 1).

(*i*) C'est ainsi que les adversaires entendent ce texte, sous-entendant par argument a contrario : Si non exegeris, absolvendum te esse. L'application de cet argument est toujours très-délicate, et l'on doit d'autant plus le rejeter ici, que la nature générale de l'action du mandat ne justifie l'absolution dans aucun cas.

l'exécution du mandat, en droit romain, à désintéresser le demandeur. Pour compléter la pensée de Paul il faut donc sous-entendre : *decem* condemnandum te esse constat. — Pour lever cette prétendue contradiction entre le texte de Paul et les textes cités plus haut, quelques auteurs (*k*) ont établi une distinction entre les *stricti juris* et les *bonæ fidei actiones*, appliquant aux premières la règle rigoureuse, et aux secondes, parmi lesquelles figure l'action du mandat, la règle moins rigoureuse. L'interprétation que je donne dispense de recourir à ce moyen de conciliation, contre lequel s'élève en outre une grave objection. Les textes cités plus haut où est posée la règle rigoureuse ne s'appliquent pas seulement aux *stricti juris actiones*, ils parlent aussi de l'*actio ad exhibendum* (note *e*) qui est précisément une action arbitraire, c'est-à-dire une des plus libres.

Notre règle ne se rattache réellement pas aux formes rigoureuses et littérales de l'ancienne procédure. Elle repose sur cette considération très-naturelle, qu'en pareilles circonstances l'introduction d'une action nouvelle est la voie la plus convenable, car autrement on risquerait de porter atteinte au droit de l'adversaire, qui n'a pu préparer de défense contre la prétendue découverte du demandeur.

D'autres textes que l'on a crus en contradic-

(*k*) Keller, p. 185, 187; Wächter, H., 3, p. 121.

tion avec notre règle ne se rapportent pas à son objet exclusif, au cas où le droit du demandeur qui n'existait pas lors de la *lit. cont.* prend naissance plus tard, mais bien aux changements de fait survenus pendant l'instance. C'est un sujet sur lequel je reviendrai plus bas (N. VI).

On a voulu à tort mêler à la discussion de la question qui nous occupe une question toute différente. Quand, par inadvertance, le demandeur se trompe dans la désignation de l'objet de sa demande, ou exprime une somme trop faible, cela ne doit point lui préjudicier ; dans l'ancien droit il était libre de corriger son erreur par une action nouvelle (*l*), d'après le droit justinien il peut le faire valablement dans le même procès (*m*). — Cette rectification d'une erreur commise dans la demande n'a rien de commun avec un droit nouveau du demandeur prenant naissance pendant le litige.

B) Le droit canon a fait subir à notre règle un changement essentiel. En effet le pape Innocent IV a établi la distinction suivante (*n*) : Lorsque

(*l*) Gajus, IV, § 55, 56. — Même d'après l'ancien droit on pouvait dans plusieurs cas rectifier l'erreur sur le premier procès, et précisément dans les cas où une action nouvelle eût été exclue par la consommation du droit.

(*m*) § 34, 35, J. de act. (IV, 6). Aujourd'hui, d'après les règles de la procédure du droit commun de l'Allemagne, un pareil changement ne serait pas permis.

(*n*) C. 3, de sentent. in VI (II, 14).

la demande exprime clairement non-seulement le droit lui-même, mais aussi son origine, dans le cas d'une acquisition postérieure, la condamnation ne doit pas être prononcée, et il faut une action nouvelle, précisément comme en droit romain. Si au contraire la demande exprime seulement le droit lui-même, par exemple la propriété, mais non son origine, l'usucapion, par exemple, l'acquisition de la propriété survenue pendant le litige peut, sans action nouvelle, servir de base au jugement.

Pour combattre les fausses interprétations que l'on a données récemment (*o*) de ce texte très-diffus, j'observerai que cette décrétale se compose, comme toutes les autres, de deux parties entièrement distinctes. Elle renferme premièrement un extrait de la procédure, c'est-à-dire les allégations et les moyens de défense des deux parties. Vient ensuite le jugement prononcé par le juge, confirmé à la fin par le pape, ce qui lui donne force de loi (*p*). Voici dans le jugement, c'est-à-dire dans la partie législative du texte, le passage décisif :

« Ex iis enim quæ post inchoatum judicium

(*o*) Wächter, H., 3, p. 122, 123.

(*p*) « Nos igitur, cardinalis ejusdem sententiam ratam habentes, eam auctoritate apostolica confirmamus. » — La décision judiciaire à laquelle on donne ici force de loi commence par ces mots : « Præfatus igitur cardinalis, præmissis omnibus. »

eveniunt, quando causa fuit exposita specialis, nec debet nec potest judicis animus ad proferendam sententiam informari, quia, quum certæ causæ facta est mentio, utpote donationis vel venditionis aut alterius specialis, oportet incepti judicii tempus attendi, ut liquido cognoscatur an tunc interfuerit actoris, propter illa quæ specialem comitantur causam et necessario adesse debent, veluti locus et tempus et hujusmodi quæ sunt sollicite attendenda, et sine quibus causa vacua et invalida censeretur. Sed quum est in genere absque alicujus causæ declaratione petitum, non sic oportet accepti judicii tempus inspici, quia non requiruntur, nec sunt opportuna, nec attendi possunt hujusmodi comitantia in hoc casu. »

Ce passage établit clairement et sans équivoque une distinction entre deux rédactions possibles de la demande, l'une avec, l'autre sans indication de l'origine du droit réclamé. C'est cette distinction que j'ai représentée plus haut comme formant le contenu de la loi (*q*), et qui dès lors

(*q*) Wächter, H., 3, p. 122, 123, prétend que l'on peut invoquer le nouveau titre d'acquisition, même quand il s'agit d'un titre spécial, « *si le même titre* sur lequel est fondée l'action réelle se trouve confirmé par un événement postérieur. » Cela signifie sans doute : Si le titre véritable postérieur a le même nom que le faux titre antérieur, — car ces titres ne peuvent jamais être identiques, comme la décrétale le reconnaît fort bien. Wächter s'appuie sur un passage de la décrétale qui n'appartient pas à la dé-

est partie intégrante du droit commun actuel.

Je n'ai pas besoin de dire que même dans le cas spécifié par le pape le demandeur ne peut exciper du droit acquis pendant le litige, si cela se trouve en contradiction avec les lois générales de procédure, notamment si l'acquisition du droit est postérieure aux délais fixés pour l'établissement des preuves (r).

§ CCLXIII. *Effets de la* lit. cont. — I. La *condamnation assurée* (Suite).

VI. Rapports de fait.

Quand on cherche à énumérer les diverses conditions d'une condamnation en général ou de son extension, indépendamment du droit du demandeur, qui jusqu'ici nous a occupés exclusivement, on trouve certains rapports de fait qui, comparés à ce droit base fondamentale de l'action, peuvent être regardés comme circonstances accessoires. En matière de revendication, par exemple, la propriété du demandeur est la condition principale de l'action, mais il faut aussi

cision judiciaire et législative, mais aux actes de la procédure, et qui dès lors ne prouve rien. Glück est tombé dans la même méprise en donnant comme loi, p. 149, 150, ce même passage des actes de la procédure. Du reste ce passage des actes de la procédure, examiné de plus près, n'a pas le sens que lui attribue Wächter, et il s'accorde parfaitement avec la décision judiciaire qui se trouve plus bas.

(r) Stryk, lib. 6, tit. 1, § 11; Wächter, p. 124.

la possession du défendeur pour que la condamnation soit prononcée. Ici encore nous avons à examiner la question de savoir à quelle époque doivent exister ces rapports de fait. Bien que nous devions reconnaître que la *lit. cont.* n'est pas l'époque exigée, cette recherche doit trouver place ici; autrement, à côté des effets de la *lit. cont.* il resterait un champ limitrophe et indéterminé où pourraient trouver place des doutes et des erreurs sur la *lit. cont.*, et nous en avons plus d'un exemple (*a*).

Ici, de même que pour le droit du demandeur, nous devons distinguer deux cas.

Premièrement, un pareil rapport de fait peut exister à l'époque de la *lit. cont.* et cesser plus tard. Secondement il peut manquer à l'époque de la *lit. cont.* et apparaître ensuite.

Je me réserve d'examiner plus bas le premier cas, et sous un autre point de vue. En effet, en matière de revendication, lorsque la possession du défendeur existant à l'époque de la *lit. cont.* cesse pendant le litige, ce fait rentre dans les circonstances à apprécier pour savoir si le défendeur doit être ou non tenu à une indemnité. Ce sujet trouvera sa véritable place quand je parlerai (§ 272 sq.) des effets de la *lit. cont.* sur l'extension du jugement.

(*a*) Cette question est traitée par Keller, p. 190, 194, et par Wächter, H., 3, p. 126.

Il me reste donc seulement à examiner ce second cas, celui où le rapport de fait exigé manque lors de la *lit. cont.*, mais prend naissance pendant le litige.

Ici l'on n'a point égard à l'état de choses existant lors de la *lit. cont.*, et il suffit que le rapport de fait existe à l'époque du jugement. C'est donc la règle inverse de celle que nous avons constatée plus haut touchant le droit du demandeur (§ 262).

Je vais d'abord passer en revue les diverses actions auxquelles nous voyons la règle appliquée ; ce qui me permettra d'entrer ensuite dans des considérations plus générales.

A) Pour la revendication de la propriété il est indifférent que le défendeur possède la chose lors de la *lit. cont.*, mais il faut absolument que cette possession existe à l'époque du jugement (*b*).

C'est par application de cette règle que l'héritier du défendeur, qui en cette qualité n'est pas

(*b*) L. 30, pr. de pec. (XV, 1) ; L. 27, § 1, de rei vind. (VI, 1) : «... si litis contestatæ tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur. » Cette décision si claire, conforme à tous les autres textes (voy. les notes suivantes), ne s'accorde certainement pas avec le commencement du § : « Possidere autem aliquis debet utique *et* litis contestatæ tempore, *et* quo res judicatur. » Cette contradiction tient peut-être à un défaut d'exactitude dans la rédaction du § cité, ou bien ce serait la mention d'une ancienne controverse sur laquelle l'extrait incomplet des compilateurs ne nous donne pas de renseignements. Keller, p. 191, 192.

tenu de livrer la chose revendiquée (*c*), contracte cette obligation du moment où il possède lui-même (*d*).

B) En matière de pétition d'hérédité le défendeur doit rendre les biens de la succession qu'il possède à l'époque du jugement, et l'on ne s'occupe pas de savoir si à l'époque de la *lit. cont.* il en possédait moins, ou n'en possédait pas du tout (*e*).

C) Pour l'*actio ad exhibendum* on recherche uniquement si le défendeur est possesseur de la chose à l'époque du jugement (*f*); et l'héritier du défendeur originaire est condamné si lui-même devient possesseur avant le jugement (*g*).

D) Le résultat de l'*actio de peculio* dépend de la valeur du pécule. Mais il s'agit de la valeur à l'époque du jugement, non à l'époque de la *lit. cont.* (*h*). Si même le défendeur aliénait l'esclave pendant le litige, il serait condamné à restituer la valeur du pécule estimée à l'époque du jugement (*i*).

(*c*) L. 42, de rei vind. (VI, 1).

(*d*) L. 8, in f., ad exhib. (X, 4).

(*e*) L. 18, § 1, de her. pet. (V, 3); L. 4, l. 41, pr. eod. — Ce sont simplement des applications de cette règle que l'on trouve dans la L. 16, pr., et dans la L. 36, § 4, eod.

(*f*) L. 7, § 4, ad exhib. (X, 4); L. 30, pr., de pec. (XV, 1).

(*g*) L. 8, ad exhib. (X, 4).

(*h*) L. 30, pr., de pec. (XV, 1). — L. 7, § 15, quib. ex causis (XLII, 4); L. 5, § 2, de lib. leg. (XXXIV, 3); L. 35, de fidej. (XLVI, 3).

(*i*) L. 43, de pec. (XV, 1). — Si l'esclave meurt pendant la durée du procès, on estime sa valeur à l'époque de sa mort.

E) Le défendeur à une *actio depositi* doit être condamné si à l'époque du jugement il possède la chose et peut en disposer, lors même que l'absence de ces circonstances au commencement du procès aurait dû faire rejeter la demande (*k*).

F) Le résultat de l'*actio pignoratitia* est subordonné à l'extinction de la dette pour laquelle le gage a été constitué (*l*). Mais si le demandeur, même pendant le litige, offre de payer la dette, le défendeur doit être condamné à restituer le gage (*m*).

Ulpien donne pour motif de cette règle et de ses diverses applications, qu'aucun de ces rapports de fait, la possession, la valeur du pécule, etc., n'étant exprimé dans l'*intentio*, leur absence n'empêche pas la validité de l'action et la légitimité de la condamnation (*n*).

(*k*) L. 1, § 21, depos. (XVI, 3). Les expressions de ce texte s'expliquent par le rapprochement de Gajus, IV, § 47.

(*l*) L. 9, § 3, de pign. act. (XIII, 7).

(*m*) L. 9, § 5, de pign. act. (XIII, 7).

(*n*) L. 30, pr., de pec. (XV, 1) : « quæsitum est an *teneat* actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur : si modo sit rei judicatæ tempore. Proculus et Pegasus nihilominus *teneri* aiunt : *intenditur enim recte,* etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit : quæ sententia et a nobis probanda est. » — C'est pourquoi on lit dans la L. 9, de rei vind. (VI, 1) : « *Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat; » en effet, la *formula* ne parlait pas de la possession du défendeur; c'était là un des objets que le *judex* pouvait et devait examiner

Par là on pourrait entendre que cette règle repose uniquement sur la rédaction accidentelle des formules, et qu'il eût suffi de changer cette rédaction pour établir la règle contraire et faire dépendre la condamnation de l'état de choses existant à l'époque de la *lit. cont.* Mais il faut reconnaître, au contraire, que le principe dont je viens d'exposer le développement est fondé sur la nature même des choses, et que la rédaction des formules, loin d'avoir engendré la règle, n'en est que la conséquence et l'expression.

Voici maintenant comment on peut expliquer la raison déterminante de cette règle. Quand le demandeur allègue que sa propriété n'existait pas encore à l'époque de la *lit. cont.*, mais a pris naissance plus tard (§ 262), l'examen approfondi de cette question exige une action nouvelle, car autrement l'adversaire serait entravé dans ses moyens de défense. Quand, au contraire, la propriété du demandeur existe dès l'origine et que la possession du défendeur est seule représentée comme postérieure au commencement du litige, le débat n'en est pas moins susceptible d'une solution satisfaisante, et une instance nouvelle ne ferait qu'entraîner des délais inutiles.

en dehors de l'instruction, c'est-à-dire que cela rentrait dans l'*officium* judicis.

§ CCLXIV. *Effets de la* lit. cont. — II. *Etendue de la condamnation*. Introduction.

Les effets de la *lit. cont.* ont été ramenés précédemment à deux points principaux : assurance de la condamnation, et assurance de l'étendue de la condamnation (§ 260, n. IV).

Le premier de ces points vient d'être examiné. Le second, dont je vais m'occuper, implique nécessairement que pendant le procès la chose litigieuse a subi des modifications.

Ces modifications dont la chose litigieuse est susceptible nous apparaissent avec deux caractères opposés.

a) Comme extensions, et cela s'applique surtout aux fruits et aux intérêts.

b) Comme diminutions, et cela comprend la perte de la chose, sa détérioration, la perte de la possession et autres cas semblables.

Avant d'aborder les questions importantes qui se rattachent à ce sujet, il est nécessaire de donner pour base à cette discussion l'examen approfondi de deux idées de droit dont l'influence a tant d'affinité avec celle de la *lit. cont.* que souvent on les a identifiées. Je veux parler de la *mora* et de la *mala fides* ou possession de mauvaise foi.

La *mora* se rapporte aux obligations et aux actions personnelles, la possession de mauvaise foi aux droits réels et aux actions *in rem*. Toutes

deux impliquent la conscience d'une injustice; elles ont donc dans leur nature, et aussi dans leurs conséquences, de l'analogie avec les délits. Seulement il faut faire une distinction : la *mora* consiste dans une simple omission, et ne résulte pas toujours d'un *dolus*, mais souvent d'un simple manque d'argent, tandis que la possession de mauvaise foi, consistant dans un acte positif, est inséparable du *dolus*.

Maintenant la *lit. cont.* est un rapport contractuel (§ 258), et elle n'a aucune affinité avec les délits. Le fait de soutenir un procès n'est pas nécessairement un acte blâmable en soi, lors même que le défendeur finit par succomber.

C'est une opinion très-répandue parmi nos auteurs, que la *lit. cont.*, suivant que l'action est personnelle ou *in rem*, entraîne toujours la *mora* ou la *mala fides* (*a*). Cette doctrine doit être absolument rejetée, d'abord à cause de la nature juridique de ces trois idées de droit (car il n'existe aucune affinité entre les délits et les contrats), ensuite parce que la *mora*, comme la *mala fides*, a des conditions toutes spéciales, et que dans chaque espèce leur existence est une question pure-

(*a*) Bayer, Civilprozesz, p. 233, 234. Linde, § 200, not. 4, 5. — Si l'existence de la *mora* ou de la *mala fides* est reportée à l'époque de l'insinuation, cela se rattache à une autre question que je discuterai en son lieu. Cette différence ultérieure est sans importance pour l'objet qui nous occupe actuellement.

ment de fait, dont la solution n'a aucun rapport nécessaire avec l'existence de la *lit. cont.* (*b*). D'un autre côté, il faut reconnaître que la *lit. cont.* produit en grande partie des effets semblables à ceux de la *mora* ou de la *mala fides,* quoique les motifs soient différents (*c*).

Examinons maintenant la question par rapport à la *mora* et à la *mala fides.*

A) *Mora.*

La *mora* existe lorsque le débiteur, sommé de remplir son obligation, s'y refuse sans motif valable. Ainsi la *mora* n'existe pas quand la dette est reconnue, mais que le montant n'en est pas déterminé, ou quand la dette elle-même est incertaine. Ainsi donc lorsqu'un débiteur se laisse actionner la question de la *mora* dépend des circonstances. Il y a *mora* si le débiteur ne donne aucun motif de son refus, ou s'il ne donne que des motifs futiles, dans le but de gagner du temps. Il n'y pas *mora* s'il appuie son refus sur des motifs exclusifs d'une volonté injuste (*d*). Ainsi donc

(*b*) Ce point de vue vrai que l'existence de la *mora* et de la *mala fides* est toujours une *facti questio* se trouve dans Bynkershoek, Obss. VIII, 12; Leyser, 83, 5 et 99, 6; Kierulff, p. 277-281; Wächter, H., 3, p. 106-108.

(*c*) Cela a échappé à Leyser (note *b*); aussi dit-il à tort que les fruits ne sont pas toujours dus à partir de la *lit. cont.*, parce que la *mala fides* n'est pas toujours attachée à la *lit. cont.*

(*d*) L. 63, de R. J. (L. 17) : « Qui *sine dolo malo* ad judicium provocat, non videtur moram facere. » L. 24, pr., de

celui qui prétend ne pas connaître sa propre obligation est constitué en *mora*, mais il n'en est pas de même de l'héritier qui a des doutes sur les actes de son auteur, ou du défendeur qui invoque une exception (e). Cette distinction vient confirmer l'affinité signalée plus haut entre la *mora* et la *mala fides*. Pour les actions personnelles on peut dire en général que la *mora* est impliquée ou du moins établie par le fait de quiconque oppose une défense frivole et avec conscience de son mauvais droit.

Dès lors il paraît que la *mora* n'a pas précisément pour point de départ la *lit. cont.;* ordinairement elle lui est antérieure, quelquefois postérieure, mais son extrême limite est l'époque du jugement. Même dans les cas, fort rares, où le procès n'a pas été précédé d'une sommation extra-judiciaire, l'insinuation de la demande peut faire commencer la *mora*, et sous ce rapport on n'aura guère à s'occuper de la *lit. cont.*

Papinien s'exprime absolument en ce sens au

usur. (XXII, 1) : «... utique si *juste* ad judicium provocavit. » Cela ne veut pas dire : s'il finit par obtenir gain de cause; mais ces mots sont l'équivalent du *dolo malo* qui précède, et ils expriment le contraste d'une contestation frivole. De même on lit dans la L. 82, § 1, de V. O. (XLV, 1) : « Et hic moram videtur fecisse, qui litigare *maluit* quam restituere, » c'est-à-dire celui qui a soutenu le procès par caprice et sans motif spécieux. (Cf. note *g* et § 273, *k*); L. 47, de usur. (XXII, 1).

(e) L. 42, de R. J. (L. 17); L. 21, de usur. (XXII, 1).

sujet des fidéicommis (*f*). Le plus souvent, dit-il, le fidéicommis étant clair et sans équivoque, la *mora* est antérieure au litige, et elle date de la sommation extra-judiciaire. Mais s'il y a des doutes sur la validité ou sur le montant du fidéicommis, par exemple quand il s'agit d'opérer le retranchement de la quarte falcidie, alors la *mora* commence au plus tard lors du jugement. Dans l'examen de ces diverses hypothèses, Papinien ne parle pas de la *lit. cont.*; de sorte qu'il ne la regarde pas comme une circonstance essentielle pour la détermination de la *mora*; il ne mentionne même pas l'introduction de la demande, sans doute parce qu'il suppose une sommation extra-judiciaire, d'après l'usage suivi en pareil cas.

Ainsi, quoique la plupart des auteurs s'accordent à dire que le commencement de la *mora* se rattache nécessairement à la *lit. cont.*, cette doctrine ne trouve de base ni dans la nature des rapports de droit dont il s'agit ici, ni dans les sources de droit romain (*g*). Sous ce dernier rap-

(*f*) L. 3, pr., de usur. (XXII, 1).

(*g*) Ceux qui font résulter la *mora* de la *lit. cont.* s'appuient ordinairement sur la L. 82, § 1, de V. O. (XLV, 1, cf. note *d*), que sans doute on peut entendre en ce sens que tout défendeur, par la simple résolution de soutenir le procès, est constitué en *mora*. Mais alors il faut oublier les textes voisins (note *d*) et les principes généraux du droit, qui sont inconciliables avec cette interprétation. Voilà le seul élément de vérité contenu dans l'o-

port il n'en est pas tout à fait de même de la *mala fides*.

B) *Mala fides*.

Il existe deux textes d'Ulpien où la *mala fides* semble représentée en termes si précis comme conséquence directe et nécesaire du simple litige, qu'ils fournissent une justification spécieuse aux auteurs modernes qui ont exprimé la même opinion (*h*).

pinion que je combats ici. La *mora* est en géneral abandonnée à l'appréciation libre du juge (cum si magis facti quam juris. L. 32, pr., de usur.). Le juge *peut* donc reconnaître que la *mora* précède tout litige *ou* qu'elle commence lors de l'insinuation, *ou bien encore* lors de la *lit. cont.*, s'il constate à cette dernière époque la volonté capricieuse et déloyale de soutenir le procès. Ainsi s'expliquent d'une manière satisfaisante plusieurs antinomies apparentes; quand, par exemple, nous voyons subordonner *tantôt* à la *mora*, tantôt à la *lit. cont.*, les intérêts judiciaires dus à un légataire (§ 271), de même au sujet de la responsabilité du débiteur, dans le cas où la chose périt par cas fortuit (§ 273).

(*h*) D'autres textes moins décisifs, tels que la L. 45, de rei vind. (VI, 1), et la L. 31, § 3, de her. pet. (V, 3), seront mentionnés plus bas (note *o*). Voici un texte qui, par la généralité de ses expressions, semble se rattacher à ceux qui précèdent, c'est la L. 2, C. de fruct. (VII, 51, c'est-à-dire L. 1, C. Th. eod.) : « ex eo tempore ex quo, re in judicium deducta, scientiam malæ fidei possessionis accepit. » Mais ces mots tels qu'ils existent dans la plupart des éditions sont susceptibles d'une double interprétation : ils peuvent signifier : depuis la *lit. cont.*, *parce que* il est ainsi constitué in malam fidem — ou bien : *si* alors il est *in malam fidem*. La chose apparaît sous un autre aspect si, avec plusieurs manuscrits et avec le code Théodosien, on lit : *malæ possessionis* (sans *fidei*; cf. les notes de l'éd. de Her-

1) « post litem contestatam *omnes incipiunt malæ fidei possessores esse* : quinimo post controversiam motam (*i*).

2) « ex quo quis scit a se peti... *incipit esse malæ fidei possessor...* si scit... puto debere : *cœpit enim mala fidei possessor esse* (*k*). »

Ces deux textes ont acquis une grande importance, à cause de leur influence décisive sur des théories que les auteurs modernes ont établies, sans s'inquiéter assez de les mettre en harmonie avec les principes généraux, et avec des textes nombreux de droit romain ayant un sens tout opposé. Voici les deux doctrines spéciales qui trouvent dans ces textes une apparence de fondement: 1° La *mala fides* comme conséquence générale du simple litige; 2° cette conséquence avec plusieurs autres reportée de la *lit. cont.* à l'époque où le défendeur a eu connaissance de la demande. Ces deux opinions demandent à être contrôlées soigneusement. La première offre moins d'intérêt pour la pratique, car plusieurs des effets de la *mala fides* se confondent avec ceux de la *lit. cont.*, et ensuite la plupart de ces effets sont réglés par des prescriptions spéciales et non équi-

mann). Or, il s'agit ici non d'une possession de mauvaise foi, mais d'une possession incertaine, douteuse. Je reviendrai plus bas sur cette notion (note *p.*)

(*i*) L. 25, § 7, de her. pet. (V, 3).

(*k*) L. 20, § 11, de her. pet. (V, 3).

voques. La seconde, au contraire, a eu pour résultat que presque tous les auteurs modernes ont admis que le droit romain lui-même ne rattache pas à la *lit. cont.* plusieurs des effets principaux du litige; mais au sein de cette opinion nous trouvons de nombreuses divergences.

a) *Mala fides* comme conséquence générale du simple litige.

Des considérations générales doivent faire rejeter absolument cette proposition. La mauvaise conscience, comme je l'ai observé plus haut, est un fait qui dépend des circonstances particulières de chaque espèce, et ne saurait être représentée comme une conséquence nécessaire du simple litige. Souvent elle existe même avant le procès, souvent aussi elle manque pendant toute sa durée; pour s'en convaincre, il suffit de considérer que le défendeur peut être condamné injustement, et certainement alors sa bonne foi n'est pas suspecte. Entre la *mala fides* et la *lit. cont.* il n'y a donc aucun lien rationnel de dépendance (*l*); il fau-

(*l*) L'explication que donne Bynkershoek, Obss. VIII, 12, est tout à fait inadmissible. Il prétend que les Romains en intentant une action produisaient les titres établissant leurs droits, et qu'ainsi le défendeur devait être convaincu de son tort dès le commencement du litige. Mais il y a beaucoup de procès qui ne sont pas fondés sur des titres ; puis la valeur des titres produits peut être douteuse et même faussement appréciée par le juge. Bynkershoek conclut de là que ce principe est aujourd'hui sans application pour nous, et que l'on ne doit plus admettre d'intérêts

drait pour l'établir recourir à la fiction du *dolus*, la plus dangereuse et la plus arbitraire de toutes, et dont nous ne trouvons d'ailleurs aucune trace.

C'est absolument en ce sens que Paul décide notre question au sujet d'une application spéciale (*m*). Lorsque postérieurement à la *lit. cont.* la chose faisant l'objet d'une *hereditatis petitio* ou d'une revendication périt par cas fortuit, il s'agit de savoir si le défendeur est dans tous les cas tenu à une indemnité. D'après les termes du sénatus-consulte cité plus haut, on pouvait admettre l'affirmative pour la *hereditatis petitio*, et c'était effectivement l'opinion adoptée par plusieurs jurisconsultes, même en matière de revendication. Mais Paul dit qu'il faut toujours établir une distinction entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Le premier doit répondre du cas fortuit, mais non le second, et Paul en donne cette raison évidente :

« Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, *aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.* »

Ici l'on reconnaît formellement que la *lit. cont.* ne fait pas d'un possesseur de bonne foi un possesseur de mauvaise foi, et qu'on ne saurait

judiciaires. Sur une erreur semblable de Leyser, voy. plus haut note *c*.

(*m*) L. 40, pr., de her. pet. (V, 3).

lui conseiller d'abandonner sans défense le droit qu'il croit lui appartenir (*n*).

Je vais maintenant essayer de mettre en harmonie avec les principe généraux les textes cités d'Ulpien, et de concilier ceux-ci avec d'autres textes.

Je présenterai d'abord quelques considérations dont on doit reconnaître la vérité et l'importance, mais qui néanmoins ne nous donnent pas une solution complète de la difficulté.

Premièrement. J'ai déjà dit que plusieurs des effets de la *lit. cont.* étaient communs à la *mala fides*; et cette communauté d'effets a pu quelque fois motiver les expressions impropres qui semblent établir une dépendance réelle entre la *lit. cont.* et la *mala fides*. Cette explication, bonne pour quelques textes dont je n'ai pas encore parlé (*o*), est évidemment insuffisante pour les décisions absolues d'Ulpien.

(*n*) Sans doute il y a une grande différence entre les expressions de ce texte et ceux d'Ulpien cités plus haut, mais il n'y a point de contradiction. Ulpien ne parle pas de la question spéciale relative à la perte accidentelle, la seule dont Paul s'occupe. La controverse mentionnée par celui-ci porte uniquement sur la revendication, et dès lors ne touche nullement les expressions d'Ulpien sur la *mala fides* lors de la *lit. cont.* en matière de *hereditatis petitio*. Au reste, il est certain que dans les deux actions Paul ne veut pas faire supporter la perte accidentelle au possesseur de bonne foi.

(*o*) L. 31, § 3, de her. pet. (V, 3). Le possesseur de bonne foi ne répond pas de la négligence apportée à la conservation de la chose jusqu'à la *lit. cont.* : « postea vero et ipse prædo est, » c'est-à-dire quant à la responsabilité; de sorte que *prædo* équivaut

Secondement. On peut admettre une *mala fides* relative, comme conséquence de la *lit. cont*. Quelque convaincu que le défendeur puisse être de son bon droit, il doit néanmoins admettre la possibilité de perdre son procès. Lorsque par l'aliénation ou la consommation de la chose litigieuse il se met sciemment hors d'état de satisfaire à une condamnation éventuelle, *ces actes* (sinon la conservation de la possession) sont répréhensibles, car la demande aurait dû être pour lui un avertissement de s'en abstenir (*p*); *ces actes*, quand il se les permet, constituent donc la *mala fides* (*q*). C'est précisément sous ce rapport qu'à partir de la *lit. cont*. Ulpien assigne au défendeur primitivement de bonne foi la même responsabilité qu'au *prædo* (*r*). Cette remarque fort

ici à *prædonis loco est*. — L. 45, de rei vind. (VI, 1). — Mais surtout la L. 25, § 7, de her. pet. (V, 3), dans ces mots : « post notam controversiam omnes possessores pares fiunt, et *quasi prædones tenentur*. »

(*p*) L. 10, C. de adqu. poss. (VII, 32) : « ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis *vacillet ac dubitet;* cf. note *h* sur la L. 2, C. de fruct.

(*q*) Cette remarque se trouve dans Glück, Vol. VII, p. 547-557, et dans Kierulff, p. 277.

(*r*) L. 25, § 2, de her. pet. (V, 3) : « ait senatus : Eos qui bona invasissent,... etiamsi ante litem contestatam fecerint, *quo minus possiderent*, perinde condemnandos quasi possiderent. » A ces expressions du Sc. le § 7 ajoute l'explication suivante : « Si ante litem contestatam, inquit, fecerint. Hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes... pares fiunt, et quasi prædones tenentur. » Ainsi, depuis la *lit. cont*. l'abandon arbi-

juste ne suffit pas néanmoins pour expliquer l'assertion absolue d'Ulpien, qu'à partir de la *lit. cont.* tout défendeur est possesseur de mauvaise foi (*s*).

La solution de la difficulté se trouve dans la nature spéciale des rapports de droit dont nous avons à nous occuper ici, au sujet de la pétition d'hérédité, et dont traitent également le sénatus-consulte d'Hadrien et les textes cités d'Ulpien.

Le sénatus-consulte d'Hadrien (le Sc. Juventianum) n'a directement pour objet qu'une *hereditatis petitio* du fisc relative à une *caduca hereditas*, et il distingue deux espèces de défendeurs ; les possesseurs de bonne foi — et ceux *qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere*, appelés ordinairement *prædones* par les anciens jurisconsultes. Si l'on prenait le mot de *prædones* dans le sens vulgaire de voleurs, on se tromperait beaucoup, car voici comment s'explique la chose.

D'après le droit primitif des Romains, il était permis à chacun de s'emparer des biens des suc-

traire de la possession est pour toute espèce de possesseurs un acte également déloyal, et qui dès lors engage également leur responsabilité.

(*s*) Cela surtout n'explique pas ces mots de la L. 25, § 7, de her. pet. (V, 3) : « post motam controversiam... *cœpit scire rem ad se non pertinentem* possidere is qui interpellatur. » Cela est évidemment faux pour le possesseur réellement de bonne foi.

cessions dont les héritiers ne s'étaient pas mis en possession et d'en acquérir la propriété par une usucapion d'un an. Cette institution singulière avait pour but d'accélérer l'adition d'hérédité et la représentation du défunt (*t*). Or ces possesseurs avaient un caractère équivoque, et occupaient pour ainsi dire une place intermédiaire entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi. Ils savaient qu'ils n'avaient pas sur les biens de la succession les droits actuels d'un héritier véritable (*cum scirent ad se non pertinere*); néanmoins ils agissaient d'après l'autorisation générale de la loi; ils pouvaient croire que personne ne se présenterait pour recueillir la succession, et ils se proposaient de devenir bientôt propriétaires en vertu de l'usucapion. Le sénatus-consulte d'Hadrien rendit leur position plus compliquée et plus incertaine; car, malgré l'usucapion accomplie, l'héritier véritable pouvait réclamer les biens de la succession par une sorte de restitution (*u*).

Une demande dirigée contre ces possesseurs changeait entièrement leur position et surtout leur qualité morale. Jusque-là la croyance possible que personne ne réclamerait la succession n'était pas exclue même par la loi nouvelle. Mais

(*t*) Gajus, II, § 52-58.
(*u*) Gajus, II, § 58.

dès qu'un demandeur, soit un héritier, soit le fisc, s'élevait contre eux, leur demi-bonne foi cessait, et ils devenaient réellement possesseurs de mauvaise foi dans l'acception propre du mot. En outre, ce changement s'opérait non pas à partir de la *lit. cont.*, mais aussitôt qu'ils avaient connaissance de la demande.

Maintenant nous avons dans plusieurs textes (*v*) la preuve certaine que le sénatus-consulte d'Hadrien avait effectivement pour objet ce rapport de droit spécial, et ainsi s'explique d'une manière fort simple, comment Ulpien représente la *mala fides* du défendeur comme une conséquence nécessaire de la demande. J'avoue que dans les textes relatifs à ce sujet la distinction entre les diverses espèces de possesseurs n'est pas toujours clairement établie, ni toujours reconnaissable; mais il faut aussi considérer que nous ne connaissons le texte du sénatus-consulte que par les extraits incomplets d'Ulpien, et les textes d'Ulpien lui-même que par les extraits incomplets des compilateurs. Dès lors nous ne pouvons déterminer si l'ambiguïté de l'expression et surtout la distinction, quelquefois peu marquée, entre les possesseurs de bonne foi véritables et ces possesseurs équivoques, doivent être imputées au jurisconsulte ou aux auteurs des extraits.

(*v*) L. 20, § 6; L. 25, § 2, 3, 5, 6, de her. pet. (V, 3).

Si l'on admet cette explication, et si en même temps on réfléchit que ce rapport de droit spécial est entièrement étranger au droit justinien, il devient évident que les textes cités d'Ulpien ne sauraient être invoqués pour établir qu'en toute espèce d'action la *mala fides* du défendeur soit une conséquence nécessaire de la *lit. cont.*

b) Les conséquences de la *lit. cont.* ramenées à l'époque où le défendeur a eu connaissance de la demande.

Cette importante modification résulte clairement de ce passage du sénatus-consulte d'Hadrien auquel se rapportent les explications d'Ulpien (*w*) :

« Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt. »

Cette déviation à tant d'autres prescriptions du droit romain s'explique par deux circonstances tout à fait indépendantes l'une de l'autre.

La première est la position spéciale du *prædo* en matière de *hereditatis petitio* : pour lui, la *mala fides* devait évidemment être admise du moment où la demande lui est connue.

(*w*) L. 20, § 6, de her. pet. (V, 3), rapprochée du § 11, eod., et de la L. 25, § 7, eod.

Je viens de traiter ce point avec détails.

La seconde circonstance est que le sénatus-consulte d'Hadrien traite uniquement des actions du fisc relatives aux successions vacantes. Or, pour ces actions on ne suivait pas la procédure ordinaire, la seule où il peut y avoir une véritable *lit. cont.*; elles étaient portées *extra ordinem* devant les employés du fisc, et dès lors il s'agissait de remplacer la *lit. cont.*(§ 257).

La même nécessité existait dans toute procédure extraordinaire. Mais dans le cas qui nous occupe le sénatus-consulte lui-même donne comme équivalent de la *lit. cont.* l'époque où intervient soit une *denunciatio*, soit une *evocatio litteris vel edicto;* c'était là une prescription toute positive, qui ne ressort nullement de la nature générale des actions extraordinaires (§ 257), et porte l'empreinte de la fiscalité.

Ces deux circonstances, qui expliquent d'une manière satisfaisante la fixation d'un point de départ différent de la *lit. cont.*, étant étrangères au droit justinien, nous ne pouvons, d'après l'esprit de ce droit, admettre que les textes cités établissent un point de départ autre que la *lit. cont.*

Lors même que l'on ne voudrait point accepter ma solution avec ses conséquences, on ne saurait du moins approuver l'interprétation donnée aux textes d'Ulpien par la plupart des auteurs modernes.

En effet ils considèrent la lettre de ces textes comme exprimant la règle suprême du droit nouveau applicable à toutes les actions en général, et ils ne tiennent aucun compte des textes nombreux où la *lit. cont.* est au contraire représentée comme le terme décisif auquel se rattachent les effets du litige. Une interprétation aussi arbitraire ne soutient pas la moindre critique. Et ici on ne saurait recourir à une controverse entre les jurisconsultes romains ou à un principe du droit nouveau remplaçant une règle surannée de l'ancien droit; car les textes où la *lit. cont.* est représentée comme point de départ décisif appartiennent presque tous à la même époque, et ont pour auteur ce même Ulpien dont on invoque le témoignage pour substituer à la *lit. cont.* une époque antérieure.

Si l'on voulait ici s'attacher rigoureusement à la lettre du droit justinien, voilà ce qu'il en faudrait conclure. Pour la pétition d'hérédité, à la différence de toutes les autres actions, le commencement des effets matériels du litige se rattache non pas à la *lit. cont.*, mais à la connaissance obtenue de la demande, c'est-à-dire à l'insinuation. Mais il faut reconnaître aussi que cette règle exceptionnelle ne tient pas à la nature de l'action, mais à des circonstances historiques dont il n'existait plus aucune trace du temps de Justinien, et dans tous les cas l'insertion de cette

règle au Digeste, si l'on veut y soumettre la pratique, serait une des nombreuses inconséquences que l'on reproche aux compilateurs (x).

Je viens d'exposer les circonstances historiques auxquelles on doit attribuer les fluctuations des anciens jurisconsultes, lesquelles ont passé dans a littérature moderne du droit augmentées de diverses erreurs. Maintenant il est curieux de voir quelle influence cette littérature a exercée sur les législations modernes, bien que le législateur eût une pleine liberté d'action et n'eût à consulter que les besoins réels.

Le code prussien a fait entrer cette matière dans le titre de la possession ; et voici comment il la traite (y).

En termes aussi absolus que ceux des textes

(x) En effet, le sénatus-consulte d'Hadrien, rendu dans l'origine pour la *hereditatis petitio* du fisc, et ainsi pour une *publica causa*, fut étendu plus tard à l'action résultant de l'hérédité des personnes privées, et rentra dans le droit général (L. 20, § 6, 11, de her. pet., V, 3); on ignore si c'est dans toutes ses parties ou seulement dans celles réellement applicables aux actions privées. La disposition du § 6 : « aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset » ne paraît pas convenir aux actions privées ; d'autres dispositions au contraire, par exemple celles touchant le *dolo facere quo minus possiderent*, et touchant la distinction à établir entre le *bonæ fidei* et le *malæ fidei possessor*, semblent susceptibles d'une application générale.

(y) A. L. R. Th. 1, Tit. 7. Les matériaux très-remarquables relatifs à ce titre sont imprimés dans : Simon u. Strampff Zeitschrift für preuszisches Recht B. 3 ; Berlin, 1836, 8.

d'Ulpien relatifs à la *hereditatis petitio* (notes *k*, *h*), il établit que le simple litige imprime à la possession du défendeur le caractère de la mauvaise foi, et que cette mauvaise foi existe à partir de l'insinuation de la demande, si les circonstances particulières de l'espèce ne prouvent pas qu'elle a commencé plus tôt.

§ 222 : « *La possession de mauvaise foi* est présumée commencer du jour où la demande a été communiquée au possesseur par les magistrats, quand rien ne prouve qu'elle a commencé plus tôt. »

Cette décision est littéralement conforme à la doctrine de plusieurs romanistes modernes ; néanmoins les rédacteurs du code prussien n'y ont été amenés que par degrés. Un des anciens projets porte que la mauvaise foi commence à partir du jugement. Là-dessus Tevenar observe que l'insinuation de la demande est pour le possesseur illégitime un avertissement suffisant, et que s'il ne s'y rend pas, son obstination ne mérite aucun ménagement (*z*). Suarez répond : « Je partage « entièrement cet avis ; » mais il détruit aussitôt

(*z*) Simon, p. 171. — Cette assertion, purement gratuite, est démentie par cette expérience journalière que des défendeurs, condamnés en définitive, soutiennent néanmoins le procès avec une ferme conviction de leur droit. Ceux qui seraient tentés d'en douter doivent considérer combien de fois les avis se trouvent partagés dans un collége de juges ; or, il peut être permis au défendeur de croire ce que la minorité croit de bonne foi.

l'efficacité de cette disposition en ajoutant : « Du reste, le juge peut d'après les circonstances décider que la mauvaise foi a commencé à une autre époque. »

C'est absolument en ce dernier sens qu'est rédigée la disposition du projet de code imprimé (*aa*) :

« La possession de mauvaise foi commence à partir.... du jour de l'insinuation de la demande, lorsqu'il n'est pas établi qu'elle ait commencé *plus tôt ou plus tard*. »

C'était là faire de l'insinuation une présomption indifférente et tout abandonner à l'appréciation du juge. Mais cela souleva de grandes difficultés. Goszler et d'autres prétendirent que la conviction était un *internum,* dont le législateur n'avait pas à s'occuper ; que dès lors la loi devait déterminer invariablement l'époque où commence la mauvaise foi, et qu'il fallait effacer l'alternative « ou plus tard (*bb*). « C'est effectivement ce qui eut lieu, comme le prouve le texte imprimé, où la présomption proposée est transformée en une prescription absolue, en une *fiction* de mauvaise foi, conformément aux motifs que je viens d'exposer. — Nous voyons néanmoins, d'après les assertions suivantes de Suarez, combien l'on était loin

(*aa*) Entwurf eines Gesetzbuchs für die Pr. Staaten, Th. II (1787), Tit. 4, § 153.

(*bb*) Simon, p. 321, 322.

d'avoir sur cette matière des décisions certaines et des opinions arrêtées (*cc*). Suarez distingue trois états possibles pour la conscience du possesseur : 1° possesseur de mauvaise foi : tel est celui qui a reçu l'insinuation de la demande ; celui qui, par une erreur coupable de fait, croit sa possession légitime ; enfin celui qui a des doutes sur la légitimité du titre de sa possession ; 2° le possesseur qui connaît l'illégitimité de sa possession (c'est-à-dire le véritable *malæ fidei possessor*) ; 3° le possesseur frauduleux, c'est-à-dire celui qui a acquis la possession *dolose*. Vient en outre, comme appartenant à une classe entièrement distincte, le possesseur qui a obtenu la possession au moyen d'un acte punissable (*dd*).

Toute cette énumération, sauf quelques distinctions un peu subtiles, se rattache à la doctrine des romanistes modernes, qui admettent également la fiction de la *mala fides* dès l'origine du litige (*ee*). Chez eux, comme dans le code prussien, cette fiction n'a d'autre but que de moti-

(*cc*) Simon, p. 330, n° 2 (cf. ib. p. 633). — Les distinctions subtiles que renferme cette doctrine de Suarez ont malheureusement passé dans le code prussien : Th. 1, Tit. 7, § 11-17, 222, 229, 239-242.

(*dd*) Simon, p. 332, n° 12.

(*ee*) Suarez par cette présomption de *mala fides* ne croyait nullement innover, mais seulement reproduire le droit romain alors en vigueur ; si l'on avait quelques doutes à cet égard, ils seraient complétement dissipés par deux autres assertions du même Suarez. Kamptz Jahrbücher, vol. 41, p. 8, 9.

ver l'obligation du défendeur de restituer les fruits perçus pendant le procès (la *omnis causa*) (*ff*). Cette similitude de points de vue se montre aussi en ce que le code prussien, comme les romanistes modernes, fait commencer dès l'origine du litige la *mora* et la fiction de la *mala fides*, et attache à la *mora* les mêmes effets qu'à la possession de mauvaise foi (*gg*).

Cette théorie s'éloigne des vrais principes du droit romain, en ce que le droit romain, personnifiant le litige dans la *lit. cont.*, en fait la base d'une obligation spéciale, indépendante de la *mala fides* et de la *mora*, qui peuvent exister concurremment ou ne pas se rencontrer. Le code prussien ne connaît pas cette obligation spéciale du droit romain. La conséquence pratique, la prestation obligée de la *omnis causa* est la même dans l'un et l'autre droit; la différence porte donc plutôt sur la théorie que sur la pratique. Mais cela même prouve qu'on ne s'est pas écarté sciemment du droit romain, et en vue d'une amélioration. Les citations des travaux préparatoires que j'ai faites plus haut montrent clairement que les rédacteurs

(*ff*) A. L. R., § 223-228, rapprochés du § 222.

(*gg*) A. G. O., Th. 1, Tit. 7, § 48, d, et A. L. R. Th. 1, Tit. 16, § 18. Ici sans doute la *mora* est assimilée quant à ses effets à la possession injuste du § 222 (I, 7), c'est-à-dire à celle qui présente le moins de gravité (d'après la doctrine de Suarez, *Voy.* note *cc.*)

du code s'en tenaient à la doctrine alors dominante du droit commun, et cherchaient tout au plus à la mieux préciser.

§ CCLXV. *Effets de la* lit. cont. — II. *Étendue de la condamnation.* a) *Extensions.*

Les effets de la *lit. cont.* sur l'étendue de la condamnation se montrent d'abord dans les extensions qui peuvent s'ajouter à l'objet primitif du litige, et dont la valeur doit être assurée au demandeur, la condamnation échéant(§ 264). Je vais maintenant passer en revue ces différentes espèces d'extensions, puis j'exposerai les règles applicables à chaque classe particulière d'actions.

Les extensions peuvent se ramener à deux classes principales, que je désignerai comme fruits (acquisition régulière et acquisition accidentelle).

La notion primitive de fruit se rattache aux lois de la nature organique. Tout ce qui conformément à ces lois est produit par une chose s'appelle fruit de cette chose.

Cette notion purement naturelle emprunte un sens juridique au caractère de cette production, soumise à un renouvellement périodique sur lequel on peut compter avec plus ou moins de certitude. C'est cette faculté de reproduction qui donne aux choses produisant des fruits

leur principale, souvent leur unique valeur, et qui motive leur acquisition et leur entretien. — Les choses principales auxquelles s'applique cette notion sont : les plantes de toute espèce et leurs diverses parties constitutives comme fruits du sol. De même pour les animaux : les petits, comme fruits de la mère, la laine, le lait.

Maintenant, parmi les acquisitions fondées uniquement sur des actes juridiques, et qui dès lors n'ont rien de commun avec les lois de la nature organique, il existe certains cas où nous retrouvons les caractères juridiques que nous venons d'assigner aux fruits ; je veux dire l'acquisition comme conséquence de la propriété d'un autre bien, la reproduction périodique, la vraisemblance de cette reproduction et la valeur qu'elle donne au bien principal. Aussi ces acquisitions sont-elles assimilées aux fruits ou soumises à des règles analogues (*a*). — Les principaux cas de cette espèce sont : le fermage et le loyer des immeubles et des choses mobilières, les intérêts d'un capital (*b*), et chez les Romains le travail des

(*a*) L. 34, de usuris (XXII, 1) : « *vicem fructuum* obtinent ; » L. 36, eod. « *pro fructibus* accipiuntur ; » L. 51, de V. S. (L. 16) : « Usura pecuniæ quam percipimus *in fructu non est* : quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa, est, id est nova obligatione. » Ici le : in fructu *non est* équivaut au : *pro* fructibus et *vicem* obtinent des textes précédents ; le motif ajouté ne laisse pas le moindre doute sur la légitimité de cette interprétation.

(*b*) L. 34, de usuris (XXII, 1) : Usuræ *vicem fructuum* ob-

esclaves, car le travail était regardé comme le fruit régulier et naturel de la propriété des esclaves.

Les auteurs modernes appellent ces deux classes de fruits *fructus naturales* et *fructus civiles*.

La propriété des fruits naturels est acquise immédiatement, et par le fait même de leur production au propriétaire de la chose principale, à son insu et sans qu'il ait à faire aucun acte. Ces fruits sont partie intégrante de la chose principale, et ne deviennent des biens distincts qu'après en avoir été séparés (*c*). La propriété ainsi acquise prend fin par la consommation ou par l'aliénation (*fructus consumti*), et dans ce dernier cas leur valeur en argent est tout au plus ce qui reste comme bien.

La propriété des fruits civils s'acquiert non en vertu de leur nature propre, mais, comme pour les autres actes juridiques, en vertu de la tradition (*d*). Du moment de leur acquisition ils

tinent : et merito non debent a fructibus separari. » Ces expressions en apparence contradictoires de la L. 121 de V. S. (note *a*) : « usura in fructu non est, » signifient donc uniquement que les intérêts ne sont pas produits par une force organique, mais résultent d'un acte juridique. Papinien dit la même chose en d'autres termes dans la L. 62, pr., de rei vind. (VI, 1) : « vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed jure percipitur, » texte où on reconnaît qu'il y a identité d'espèce entre l'acquisition du loyer et celle des intérêts.

(*c*) L. 15, pr., de pign. (XX, 1); L. 83, pro sec. (XVII, 2).

(*d*) Le produit du travail des esclaves s'acquérait chez les Ro-

occupent dans les biens la même place que les fruits naturels après leur aliénation, c'est-à-dire qu'ils ont dès l'origine la nature des *fructus consumti*.

On a vu qu'un caractère commun à tous les fruits est une reproduction régulière et sur laquelle on peut compter; à ce caractère important se rattache la notion juridique suivante. Le propriétaire qui est en position d'acquérir les fruits d'une chose peut user de cette faculté ou n'en pas user, soit volontairement, soit par incurie. Cette omission est en soi un acte aussi indifférent que toute administration intelligente ou inintelligente de la propriété. Mais elle prend un sens juridique si son auteur se trouve engagé dans un rapport de droit qui lui impose la diligence. Les auteurs modernes emploient pour désigner ce cas l'expression de *fructus percipiendi,* qui n'est pas romaine et est en outre mal choisie (*e*). Je lui substituerai l'expression de fruits négligés.

mains en vertu du principe général qui attribuait au maître le bénéfice de tout acte d'acquisition fait par l'esclave ; cela ne résultait donc pas proprement d'un acte juridique, mais d'une règle du droit positif.

(*e*) Je ne veux point dire que cette combinaison de mots ne soit pas latine, mais que jamais on ne la trouve comme expression technique chez les Romains, et que pour désigner le rapport décrit plus haut toujours ils emploient une circonlocution. Elle a ensuite l'inconvénient d'embrasser les fruits non recueillis, même les fruits non mûrs, et de ne point marquer la circonstance décisive de la négligence et la perte qui en résulte.

Parmi les acquisitions résultant de la propriété d'un autre bien il faut ranger toutes celles qui n'ont pas les caractères que nous venons d'assigner aux fruits, celui notamment d'une reproduction régulière qui fasse la valeur de la chose principale. A cette classe appartiennent : l'augmentation d'un immeuble par alluvion, etc., les bénéfices obtenus en vertu d'une action pénale pour violation de nos propriétés, et chez les Romains les successions ou les legs dévolus au maître de l'esclave institué héritier ou légataire, comme aussi la propriété des enfants qui naissaient d'une esclave (*f*).

Ces diverses acquisitions rentrent dans la présente recherche, en ce qu'elles peuvent modifier l'étendue de la condamnation si elles prennent naissance pendant le cours du litige. Mais on ne doit pas oublier qu'elles peuvent aussi engendrer d'autres rapports de droit et des actions indépendantes; telles sont notamment, pour les fruits naturels détachés de la chose principale,

(*f*) Sans doute les enfants d'une esclave sont relativement à la mère dans le même rapport organique que les petits des animaux; mais ces enfants ne sont pas considérés comme fruits : « quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant. » (L. 27, pr., de her. pet. V, 3.) Tel était le point de vue des Romains, que le christianisme n'avait pas encore éclairés. Dans les États à esclaves de l'Amérique du Nord on sait que les chrétiens ont d'autres opinions et d'autres coutumes.

les revendications propres et, à leur défaut, les condictions (*g*).

Ainsi donc lorsque l'on dit que le droit à un des objets énumérés ci-dessus résulte de la *lit. cont.*, cela implique nécessairement que, indépendamment de la *lit. cont.* et antérieurement à la *lit. cont.*, ce droit n'existait pas ou du moins n'avait pas la même étendue. Cette différence, qui constitue l'effet spécial de la *lit. cont.*, doit être soigneusement étudiée pour chaque espèce d'action.

§ CCLXVI. *Effets de la* lit. cont. — II. *Étendue de la condamnation.* a) *Extensions* (Suite).

Il s'agit maintenant de rechercher comment les extensions dont nous avons défini la nature (§ 265) doivent s'appliquer aux différentes classes d'actions. Nous devons prendre ici pour base la distinction entre les actions *in rem* et les actions personnelles.

A) Actions *in rem.*

1) Action résultant de la propriété, c'est-à-dire la *rei vindicatio* du Digeste ou la *petitoria formula* dans Gajus, qui était une *arbitraria actio*, et dès lors une action de l'espèce la plus libre.

2) Action en pétition d'hérédité, c'est-à-dire la

(*g*) Voy. vol. V, p. 258, note *b*.

hereditatis petitio du Digeste ou la *petitoria formula* relativement aux successions.

Je réunis ces deux actions, d'abord parce que leur rapprochement est indispensable pour leur juste appréciation, ensuite parce que le texte le plus explicite sur la question qui nous occupe donne pour l'une et pour l'autre absolument la même solution (*a*). La règle générale est que la condamnation doit comprendre la *omnis causa*, c'est-à-dire les fruits dans l'acception la plus large du mot, comme aussi les acquisitions accidentelles qui n'ont pas la nature de fruits (*b*).

Voici maintenant quelle est l'influence de la *lit. cont.* sur l'application de cette règle (*c*).

a) Le possesseur de bonne foi profite de tous les fruits perçus avant la *lit. cont.*, excepté des fruits naturels existant encore en nature à l'époque de la *lit. cont.* — Mais à partir de la *lit. cont.* il doit la valeur non-seulement des fruits consommés ou aliénés, mais aussi de ceux qu'il a négligé de recueillir.

La *lit. cont.* a donc ici un effet très-important basé sur le rapport obligatoire créé par elle,

(*a*) § 2, J. de off. jud. (IV, 17).

(*b*) Pour l'action résultant de la propriété : L. 17, § 1 ; L. 20, 35, § 1, de rei vind. (VI, 1). — Pour l'action résultant de l'hérédité : L. 25, § 9; L. 27, pr.; L. 29, de her. pet. (V, 3).

(*c*) § 2, J. de off. jud. (IV, 17); L. 22, C., de rei vind. (III, 32).

rapport qui astreint le défendeur à considérer et à administrer la chose litigieuse comme pouvant appartenir à autrui, et dès lors à répondre de sa *culpa* (*d*).

b) A partir de la *lit. cont.* le possesseur de mauvaise foi est soumis à des obligations aussi rigoureuses que le possesseur de bonne foi, cela s'entend de soi-même. Mais cette rigueur existe également pour toute la durée de la possession antérieure à la *lit. cont.*; et dès lors celle-ci n'a plus de conséquences pratiques. — Au reste, ce n'était point là la règle de l'ancien droit. Le possesseur de mauvaise foi avant la *lit. cont.* n'étant lié par aucun rapport obligatoire, il ne répondait pas des fruits négligés. Le Sc. Juventianum ordonna le premier qu'en matière de pétition d'hérédité le possesseur de mauvaise foi serait dès l'origine de sa possession considéré comme lié par un rapport obligatoire, évidemment de la nature des délits. C'est ce qu'on appela le *dolus præteritus* (*e*), et l'on en déduisit, entre autres conséquences, l'obligation de répondre des fruits négligés avant la *lit. cont.* (*f*). Cette rigueur dirigée contre le possesseur de mauvaise foi, et qui enle-

(*d*) § 2, J. de off. jud. (IV, 17) : « qui *culpa possessoris* percepti non sunt. » — Paulus I, 13, A. § 9 : « Hi fructus in restitutione præstandi sunt petitori, *quos unusquisque diligens paterfamilias et honestus colligere potuisset.* »

(*e*) L. 20, § 6; L. 25, § 2, 7; L. 13, § 2, de her. pet. (V, 3).

(*f*) L. 25, § 4, 9, de her. pet. (V, 3).

vait dans ce cas à la *lit. cont.* ses effets pratiques, fut étendue par les anciens jurisconsultes de la *petitio hereditatis* à la *rei vindicatio* (*g*).

Les effets de la *lit. cont.* en matière de *rei vindicatio,* tels que je viens de les exposer, ne sont pas dans leur principe une invention des jurisconsultes romains, mais bien un développement plus exact des règles de l'ancien droit. Ce principe se retrouve déjà dans l'ancien *prædes litis et vindiciarum* (*h*), où l'expression technique *vindiciæ* désigne les fruits. L'ancien droit imposait en outre au défendeur l'obligation de restituer le double de la valeur des fruits, obligation dont le droit nouveau n'a conservé aucune trace (*i*).

3) L'*actio ad exhibendum* est à la vérité une action personnelle, mais relativement à la question qui nous occupe elle est soumise aux mêmes règles que l'action résultant de la propriété (*k*). J'en dis autant des actions suivantes :

(*g*) L. 27, § 3, de rei vind. (VI, 1).

(*h*) Gajus, IV, § 91, 94.

(*i*) Paulus, V, 19, § 2 ; L. 1, pr., C. Th., de us. rei jud. (IV, 19) ; L. 1, C., Th. de fruct. (IV, 18), reproduite avec interpolations dans la L. 2, C., de fruct. (VII, 51) ; ces deux textes rapprochés dans Heimbach Lehre von der Frucht, p. 160. — L. Rom. Burg. ed. Barkow Tit. VIII, lin. 17-20, Tit. XXXV, lin. 11-13. — Je ne m'étendrai pas davantage sur cette institution fort obscure, qui est sans intérêt pour le droit nouveau ; cf. Heimbach, p. 163-166.

(*k*) § 3, J. de off. jud. (IV, 17), L. 9, § 5-8, ad exhib. (X, 4).

4) A. finium regundorum (*l*).

5) A. confessoria (*m*).

6) A. hypothecaria (*n*).

B) Actions personnelles.

Ici nous trouvons un rapport tout autre que pour les actions *in rem*. En effet, comme les actions personnelles ont toujours pour base des obligations qui doivent exister antérieurement à la *lit. cont.*, il s'agit de connaître les clauses de ces obligations indépendamment du litige. Si une de ces clauses impose la restitution des fruits, la *lit. cont.* n'a sur ce point rien de nouveau à établir, de sorte que la prestation des fruits ne peut s'opérer en vertu de la *lit. cont.* que si elle ne résulte pas déjà de l'obligation.

Le fondement des règles qui régissent cette matière n'est pas, comme dans d'autres cas, la distinction entre les *stricti juris* et les *bonæ fidei actiones*, mais bien la distinction suivante. Les actions personnelles ont pour objet ou une *repetitio*, c'est-à-dire la restitution d'une chose ou d'une valeur qui faisait partie de nos biens, ou une chose nouvelle qui n'en a jamais fait partie (*ad id consequendum quod meum non fuit*, *veluti ex stipulatu*) (*o*).

(*l*) L. 4, § 2, fin. reg. (X, 1).

(*m*) L. 5, § 4, si ususfr. (VII, 6); L. 19, § 1, de usur. (XXII, 1).

(*n*) L. 16, § 4, de pign. (XX, 1).

(*o*) Cette distinction importante est reconnue par Paul dans les

1) Quand il s'agit d'une *repetitio*, les fruits et autres extensions sont dues dès l'origine, et ainsi la *lit. cont.* n'exerce sous ce rapport aucune influence. L'on ne distingue pas non plus si l'obligation donne naissance à une action rigoureuse ou à une action libre ; ainsi notamment l'obligation qui fait la base de la *condictio indebiti*, entraîne la restitution des fruits dès l'origine, c'est-à-dire avant tout litige et même sans *mora* (*p*).

2) Quand les actions ont pour objet une chose nouvelle (*quod meum non fuit*), on distingue les actions libres des actions rigoureuses.

a) Pour les actions libres de cette classe il paraît que la règle établie de tout temps, et sans aucune controverse, imposait la restitution des fruits (*q*). Mais cela avait peu d'importance ; car ordinairement les clauses spéciales de ces obli-

deux principaux textes relatifs à ce sujet : 1° la L. 65, de cond. indeb. (XII, 6), ne traite que des actions tendant à *repetitio* ; 2° la L. 38, de usuris (XXII, 1), parle des deux classes d'actions; et si elle ne signale pas tout d'abord leur contraste, mais l'indique seulement au § 7 (voy. note *s*), elle l'implique évidemment dans tout son ensemble.

(*p*) L. 65, pr., § 5, 7; L. 15, pr., de cond. indeb. (XII, 6). A la même classe d'actions se rapporte évidemment la L. 38, pr., § 1-6, § 10-15, de usur. (XXII, 1). La L. 4, C. unde vi (VIII, 4), et la L. 3, C. de pign. (IV, 24), ne renferment que de simples applications à l'interdit *unde vi* et à l'*actio pignoratitia*. Sans doute des intérêts ne peuvent être réclamés en vertu de la *cond. indebiti*; c'est ce que j'expliquerai plus bas.

(*q*) L. 38, § 15, de usur. (XXII, 1) : « In ceteris quoque bonæ fidei judiciis fructus *omnimodo* præstantur. »

gations, surtout le fait de la *mora*, entraînait déjà la restitution des fruits, et dès lors absorbait les effets de la *lit. cont.* (*r*).

b) Pour les actions rigoureuses (les condictions) l'obligation n'impliquait pas dès l'origine la prestation des fruits, et la *mora* elle-même n'avait pas cet effet. Ainsi, par exemple, quand un immeuble était dû en vertu d'une stipulation, le créancier ne pouvait réclamer que l'immeuble même, non les fruits échus depuis le contrat ou depuis la *mora*, et il n'avait d'autre ressource que d'exercer promptement son action, pour éviter la perte éventuelle résultant de l'application de cette règle. Mais ici se montre un effet important de la *lit. cont.*, car depuis cette époque le défendeur est tenu de la *omnis causa*. Cette règle n'existait pas non plus dans le droit primitif, mais très-anciennement, et sans doute d'après l'analogie de la *rei vindicatio*, on en reconnut la justice ; Sabinus et Cassius se déclarèrent en sa faveur, et depuis elle fut admise généralement (*s*).

(*r*) Ainsi par exemple au sujet de la vente, L. 38, § 8, de usur. : « Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt. » Ici l'on a égard tant à la *mora* qu'au payement du prix, c'est-à-dire à la nature bilatérale du contrat. — De même pour les legs et les fidéicommis on prend comme point du départ de la restitution des fruits, tantôt la *mora*, tantôt la *lit. cont.*; et celle-ci, seulement quand la *mora* n'existe pas antérieurement (§ 271).

(*s*) L. 38, § 7, De usur. (XXII, 1) : « Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipu-

§ CCLXVII. *Effets de la* lit. cont. — II. *Etendue de la condamnation.* a) *Extensions* (Suite). *Fruits négligés.*

J'ai déjà parlé plusieurs fois de la responsabilité encourue pour les fruits négligés, appelés communément *fructus percipiendi* (§ 265, 266). Les auteurs modernes sont tombés à ce sujet dans plusieurs erreurs, provenant de ce qu'ils ont voulu traiter avec trop de subtilité une matière simple en elle-même. C'est elle qui va nous occuper.

Nous trouvons une base solide pour notre recherche dans ce principe clairement exprimé, que la responsabilité des fruits négligés provient de la *culpa* du possesseur qui aurait dû les recueillir (§ 266, *d*). Ainsi donc l'existence ou la non-existence de la *culpa* doit trancher toutes les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet.

Des auteurs modernes ont pris beaucoup de peine, à ce qu'il semble, en pure perte, pour traiter la question de savoir si la possibilité de recueillir les fruits devait être appréciée d'après la personne du demandeur ou d'après celle de défendeur. Plusieurs veulent distinguer entre l'ac-

latu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit. Quod si acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius et æquitate fructus quoque post acceptum judicium præstandos putant, ut causa restituatur : quod puto recte dici. »

tion résultant de la propriété et la pétition d'hérédité (*a*); d'autres, entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi (*b*); d'autres, enfin, prétendent qu'on ne doit jamais avoir égard qu'à la personne du demandeur (*c*).

Ma critique porte moins sur le mérite de ces diverses solutions que sur la position même de la question. Elle implique, en effet, que la perception des fruits tient à une capacité individuelle qui peut exister ou manquer tantôt chez l'une tantôt chez l'autre des parties.

D'après le principe que je viens d'établir, cela n'est nullement fondé, car il s'agit uniquement de constater la *culpa* du possesseur, et la *culpa* se reconnaît à des signes généraux et certains; il suffit de comparer la conduite du débiteur à celle qu'aurait tenue en pareilles circonstances un *diligens pater familias*. C'est d'après ce terme invariable de comparaison que le juge doit rendre sa sentence, et il n'a point à s'occuper de la personnalité du débiteur (*d*). Sans doute nous voyons dans plusieurs textes que les fruits sont dus dans le cas où le demandeur aurait pu les re-

(*a*) Buchholtz, Abhandlungen, p. 13-15.

(*b*) Glück, vol. VIII, p. 262, 296, 298.

(*c*) Heimbach, Lehre von der Frucht, p. 168-170, p. 184.

(*d*) Dans certains cas exceptionnels peu importants, on a égard au caractère individuel du débiteur pour le traiter avec moins de rigueur (diligentia quam suis rebus adhibere solet). Ici il n'est pas question d'un cas semblable.

cueillir (*e*) ; mais d'autres textes, et en plus grand nombre, posent seulement la question de savoir si le défendeur a *pu* ou *dû* recueillir les fruits (*f*). Ces deux locutions ont absolument le même sens, et c'est avec raison qu'on les emploie indifféremment l'une pour l'autre.

La preuve que ces deux manières de poser la question ne présentent aucune différence, c'est que, rapprochées du principe général de la *culpa*, elles ne peuvent avoir d'autre sens que le suivant : ce qu'un bon père de famille eût fait en pareil cas. Lorsque les sources du droit parlent des fruits que le demandeur aurait pu recueillir, c'est toujours par opposition aux fruits que le défendeur a recueillis effectivement, et dont on ne tient aucun compte (*g*). Aucun texte n'établit de différence entre le demandeur et le défendeur quant à la capacité de percevoir les fruits (*h*),

(*e*) L. 62, § 1, de rei vind. (VI, 1); L. 39, § 1, de leg. 1 (XXX); L. 4, C. unde vi (VIII, 4).

(*f*) L. 25, § 4, de her. pet. (V, 3); L. 2, C. de fruct. (VII, 51); L. 5, C. de rei vind. (III, 32); L. 1, § 1, C. de her. pet. (III, 31); L. 3, C. de pign. act. (IV, 24).

(*g*) L. 4, C. unde vi (VIII, 4) : « fructus etiam quos vetus possessor *percipere potuit*, non tantum quos prædo *percepit*. »

(*h*) On lit, il est vrai, dans la L. 62, § 1, de rei vind. (VI, 1): « constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset; » et ce texte paraît avoir seul occasionné la méprise qui consiste à comparer l'habileté du demandeur et celle du défendeur, afin de prendre l'une ou l'autre pour base du jugement. Mais la leçon du manuscrit de Florence, *fruiturus sit*,

comme le supposent à tort les auteurs modernes dans leurs controverses.

Dans un ouvrage publié récemment (*i*), on a prétendu que le possesseur n'était responsable des fruits négligés que si ces fruits existaient réellement et qu'il ne les eût pas recueillis, mais qu'il n'en était pas responsable dans le cas où il n'aurait fait aucun des travaux indispensables pour la production des fruits. Ainsi celui qui aurait négligé de moissonner devrait compte des fruits, mais non celui qui aurait négligé d'ensemencer les terres.

Une juste application du principe de la *culpa* et l'ensemble du rapport de droit envisagé au point de vue pratique doivent faire rejeter entièrement cette doctrine. Lorsque le possesseur d'un domaine, prévoyant qu'il succombera dans un procès engagé sur la propriété, procès qui peut durer plusieurs années, laisse les terres sans culture, et par conséquent sans produit, on ne saurait dire que cette conduite soit, comme Paul l'exige (§ 266, *d*), celle d'un *diligens pater familias*. De plus, il est dit expressément que le possesseur de mauvaise foi est aussi responsable de

doit être évidemment rejetée comme vide de sens ; car il n'est pas question ici d'un jugement qui porterait sur l'avenir. Si donc on lit avec la Vulgate *fruitus sit,* ce qui ne prête à aucune objection, cette faible apparence s'évanouit, et ce texte est littéralement conforme à celui du Code cité note *g*.

(*i*) Heimbach, Lehre von der Frucht, p. 171-178.

l'omission des dépenses que demande la chose (*k*), et l'on ne distingue pas entre les dépenses nécessaires pour l'entretien même de la chose et celles nécessaires pour la production des fruits.

Si l'on appliquait aux fruits civils la doctrine que je combats, elle donnerait les résultats suivants. Le possesseur serait tenu d'encaisser les loyers et les intérêts dus en vertu des contrats existants ; mais il ne serait pas tenu de faire les locations, lors même que la chose serait de sa nature destinée à être louée. Or, nous voyons le contraire exprimé formellement. Le possesseur de mauvaise foi répond des fruits négligés, s'il ne loue pas les biens qui sont loués habituellement (*l*). De même l'héritier qui retarde sans motifs légitimes la délivrance d'une somme d'argent léguée doit les intérêts usités dans le pays (*m*).

L'ensemble de ce rapport de droit est reproduit avec beaucoup de justesse dans le texte suivant du commentaire visigoth (*n*) :

(*k*) L. 31, § 3, de her. pet. (V, 3) : « Sumtum... si facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem. »

(*l*) L. 62, pr., de rei vind. (VI, 9) : « Si navis a malæ fidei possessore petatur, et fructus æstimandi sunt, ut in taberna et area *quæ locari solent.* » L. 19, pr., de usur. (XXII, 1), à la fin du texte.

(*m*) L. 39, de leg. 1 (XXX). La mention des intérêts usités dans le pays prouve que l'héritier doit, non-seulement encaisser les capitaux, mais en faire emploi ; car, s'il s'agissait d'un capital déjà placé, on ne parlerait pas des intérêts usités dans le pays, mais des intérêts stipulés par le contrat.

(*n*) Interpr., L, 1, C. Th., de fruct. (IV, 18).

« quales per diligentem culturam consequi proprii domini utilitas potuisset. »

Au reste, la doctrine que je réfute ici repose sur une interprétation trop littérale des mots *percipere* et *colligere,* qui directement et en eux-mêmes n'expriment que le fait de la récolte ; mais qui, dans l'esprit des textes, embrassent aussi les actes préliminaires indispensables pour la production. Si on exigeait du possesseur des efforts et une habileté extraordinaires, cette opinion serait fondée ; mais les soins qu'on lui demande sont ceux que tout propriétaire donne à sa chose s'il ne veut pas encourir le reproche d'une incurie évidente.

Je terminerai par une observation sur les moyens de droit à employer relativement aux fruits négligés. Quand les fruits existent en nature, ou ont été consommés, on peut, suivant les circonstances, recourir à des moyens de droit très-différents : l'action principale, qui comprend aussi les fruits, puis la revendication si les fruits existent en nature, ou la condiction s'ils ont été consommés.

Il en est autrement pour les fruits négligés. Sans doute ils peuvent être compris dans l'action relative à l'action principale, et c'est effectivement ainsi que s'appliquent les règles exposées plus haut. Mais ces fruits ne sauraient être l'objet d'une revendication, puisqu'ils n'ont jamais été

possédés par le défendeur. La condiction est également impossible en l'absence de la condition fondamentale de toute condiction, le bénéfice tiré de la chose d'autrui (*o*).

Cette dernière proposition est exprimée dans le texte suivant, aisément susceptible d'une fausse interprétation (*p*) :

« Si ejus fundi quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil ejus fundi fructum nomine te dare oportet. »

Envisagé superficiellement, ce texte semble en contradiction avec tous les principes sur le compte à rendre des fruits négligés. Mais si l'on a égard à la signification technique, et non douteuse, des mots *dare oportere*, ce texte n'exprime autre chose que la négation d'une condiction indépendante, comme je l'ai expliqué tout à l'heure. L'auteur de ce texte veut seulement dire que les fruits négligés ne peuvent faire l'objet d'une condiction ; mais il ne prétend pas qu'on ne doive jamais compte de ces fruits, puisqu'ils peuvent être compris dans la revendication de la chose principale (*q*).

Il ne faut pas croire non plus que cette distinction n'offre d'intérêt que pour la théorie, et n'ait

(*o*) Voy. vol. V, p. 528, *b*.

(*p*) L. 78, de rei vind. (VI, 1).

(*q*) Cette bonne interprétation du texte se trouve dans Heimbach, Lehre von der Frucht, p. 94, 95.

aucune importance pratique. En effet, lorsque le possesseur de mauvaise foi perd sans *dolus* la possession de la chose principale, la revendication ne peut plus en général être exercée contre lui, et la répétition des fruits négligés antérieurement devient dès lors impossible, tandis qu'elle serait toujours possible si l'on avait le recours d'une condiction spéciale.

Le code prussien renferme la disposition suivante sur les *fructus percipiendi*. Il n'impose pas à tout défendeur l'obligation de rendre compte des fruits qu'il a négligé de percevoir pendant la durée du litige, mais seulement à celui qui sciemment possède comme sienne la chose d'autrui, c'est-à-dire au *malæ fidei possessor* proprement dit (*r*).— Je ne saurais approuver cette déviation des principes du droit romain. Tout défendeur, quelque convaincu qu'il puisse être de son bon droit, doit néanmoins admettre la possibilité de perdre son procès, et dans cette éventualité se considérer comme l'administrateur de

(*r*) A. L. R. Th. 1, Tit. 7, § 229. ›Au premier abord on pourrait croire qu'il s'agit ici du possesseur injuste mentionné dans le § 222, c'est-à-dire du défendeur en général. Mais le législateur a voulu établir une distinction; et cela résulte d'abord des expressions différentes employées dans les deux paragraphes, ensuite des § 223-228 comparés au § 229, car ce dernier signifie évidemment quelque chose de nouveau, enfin des observations de Suarez dans Simon Zeitschrift, vol. III, p. 330, n° 2, p. 172, cf. ibid., p. 633, et plus haut, § 264.

la chose d'autrui, tenu dès lors à certaines obligations. Quand dans une position semblable il s'abstient par incurie d'ensemencer les terres litigieuses ou d'en récolter les fruits, le jugement qui le condamne à restituer la chose principale doit, en toute justice, lui faire payer une indemnité pour les fruits qu'il a négligé de recueillir. Je crois que cette disposition erronée du code prussien tient uniquement au faux point de vue où s'était placé le législateur pour déterminer les obligations spéciales résultant du litige (§ 264). On voulait tout ramener à la mauvaise foi du possesseur, et l'on croyait toujours y distinguer différents degrés auxquels on attachait des conséquences différentes.

§ CCLXVIII. *Effets de la* lit. cont. — II. *Etendue de la condamnation.* a) *Extensions* (Suite). *Intérêts judiciaires.*

Parmi les extensions dont la prestation se rattache à la *lit. cont.*, il en est une très-importante dans la pratique, et qui a soulevé beaucoup de difficultés et de controverses, je veux parler des intérêts judiciaires. Mais pour étudier complétement ce sujet il est indispensable de présenter d'abord un résumé sommaire de la théorie des intérêts; sans cela on s'expose à interpréter et à appliquer faussement les témoignages les plus importants des sources.

L'idée fondamentale attachée au mot intérêts repose sur une distinction entre deux espèces de valeurs, la valeur de la chose (la valeur de la propriété) et la valeur de son usage. Les actes juridiques qui font le mieux ressortir cette distinction sont la vente et le contrat de louage. Comme la valeur de l'usage a pour base l'activité de l'homme s'exerçant avec continuité sur la chose, cette valeur n'a de sens que si l'on suppose un certain espace de temps rempli par l'exercice de cette activité.

L'équivalent de la valeur de l'usage comme de la chose peut être fourni de mille manières diverses, par une somme d'argent, par des travaux, par l'usage réciproque d'une autre chose, etc. Il est aussi impossible qu'inutile de soumettre à une règle commune la plupart des cas de ce genre; ce besoin n'existe que pour une espèce de choses dont je vais déterminer la nature particulière.

Ce sont les choses dont la valeur consiste ordinairement, non dans leur individualité, mais dans leur nombre, leur mesure ou leur poids; de sorte que ces quantités restant les mêmes la substitution d'un individu à un autre est tout à fait indifférente. Voilà ce que les Romains désignent par : *res quæ pondere, numero, mensura continentur* (*consistunt*), désignation fort juste, mais trop longue pour être d'un usage commode

et habituel. Les auteurs modernes lui ont substitué depuis des siècles l'expression barbare de *res fungibiles* (*a*). J'emploierai celle de *quantités*, qui a pour elle l'autorité certaine des jurisconsultes romains. En effet, si dans la plupart des textes le mot *quantitas* signifie grandeur ou étendue, c'est-à-dire exprime une quantité commune aux choses les plus diverses, il y a aussi plusieurs textes non équivoques où le mot *quantitas* désigne exclusivement l'espèce particulière de choses qui nous occupe, c'est-à-dire celles qui dans les rapports de droit sont envisagées non d'après leur individualité, mais d'après leur nombre, leur mesure ou leur poids. Une chose de cette espèce s'appelle *quantitas*, par opposition à *corpus* ou *species*, c'est-à-dire une chose formant l'objet individuel d'un rapport de droit (*b*).

(*a*) L'origine de cette expression se trouve dans la L. 2, § 1, de reb. cred. (XII, 1) : « quia in genere suo *functionem recipiunt* per solutionem. » Il paraît que l'expression *res fungibiles* a été introduite par Zasius in § 30. J. de actionibus, n[os] 17, 18 ; du moins il prend la peine de relever les auteurs qui emploient en ce sens le mot *quantitas* : « sed male et barbare : sola enim pecunia quantitas dicitur, quia per eam quanta quæque res sit æstimatur. »

(*b*) L. 34, § 3-6, de leg. 1 (XXX); L. 15, § 4, de usufr. (VII, 1); L. 94, § 1, de solut. (XLVI, 3). Ces textes, il est vrai, parlent surtout de sommes d'argent, qui constituent la *quantitas* la plus ordinaire et la plus importante. Mais le premier de ces textes embrasse sous cette dénomination tout ce qui *pondere*, *numero*, *mensura continetur*, et toutes ces choses contrastent très-bien avec *corpus* et *species*. La critique de

Pour les quantités comme pour les autres choses la valeur de l'usage peut être déterminée de plusieurs manières, notamment par des quotités de la même espèce, et cette évaluation est si importante et si commode dans les relations sociales, qu'elle a été de tout temps l'objet de dispositions spéciales. C'est à cette évaluation que se rapporte l'institution des intérêts (*usura* et aussi *usuræ*).

On appelle intérêts une proportion déterminée d'une quantité équivalant à l'usage d'une quantité de la même espèce appelée capital. Le rapport des intérêts est en soi applicable à toute espèce de quantités, aux grains, au vin, à l'huile, etc., et aussi à l'argent. Mais cette dernière application est si commune et si importante, que quand on parle d'intérêts en général, c'est toujours sur elle seule que se reporte la pensée. — J'ai déjà dit qu'en droit les intérêts sont considérés comme fruits du capital (*c*). Cela ne veut pas dire que l'argent monnayé (les intérêts) soit un

Zasius (note *a*) n'est donc pas fondée. — La nouvelle dénomination proposée par quelques auteurs *choses susceptibles d'être remplacées* est à peine intelligible sans un commentaire, car toutes les autres choses peuvent aussi se remplacer (au moyen d'une indemnité en argent). — Les propriétés des *quantités* et des *choses fungibles* sont en elles-mêmes très-différentes, quoique dans l'application il s'agisse le plus souvent des mêmes objets.

(*c*) L. 34, de usuris (XXII, 1); L. 121, de V. S. (L. 16); L. 62, pr. de rei vind. (VI, 1); cf. § 265, *a*, *b*.

fruit de l'argent monnayé (le capital), mais la créance des intérêts est regardée comme un fruit produit par la créance du capital.

Maintenant la question la plus importante est celle de savoir comment peut s'établir une créance d'intérêts. Cette espèce de créance résulte en général de deux causes :

1° La volonté du débiteur, qui se manifeste presque toujours sous la forme d'un contrat; 2° une règle générale de droit.

1° Le contrat, envisagé comme cause d'une créance d'intérêts. Chez les Romains ce contrat pouvait revêtir la forme d'une stipulation ou celle d'un simple pacte.

A) La stipulation d'intérêts était d'une application générale, et pouvait toujours engendrer une action. Cette stipulation pouvait toujours s'effectuer, soit que la dette principale elle-même résultât d'une stipulation avec ou sans prêt, ou d'un simple prêt sans stipulation, ou de tout autre acte obligatoire.

Chez les Romains le cas le plus important et le plus ordinaire était celui où les deux obligations, celle du capital et celle des intérêts reposaient sur une stipulation ayant de l'argent pour objet. Que ces deux obligations fussent établies par deux contrats distincts, c'est-à-dire avec un double *spondes? spondeo*, ou qu'elles fussent renfermées dans un seul contrat, à la fin duquel

on exprimait cette demande et cette réponse, le résultat était absolument le même. En effet, dans le second cas aussi bien que dans le premier il y avait deux stipulations distinctes, et même d'espèces différentes, l'une, *certa*, touchant le capital, l'autre, *incerta*, touchant les intérêts (*d*). La stipulation du capital était nécessairement *certa*, puisque le montant du capital était déterminé et certain; la stipulation des intérêts nécessairement *incerta*, puisque l'on ignorait combien il y aurait d'intérêts échus, et partant quelle serait la somme à réclamer. Mais dès qu'il y avait deux stipulations de différente espèce, il y avait nécessairement aussi deux actions distinctes, une *certi* et une *incerti condictio*, dont la différence est bien connue; car l'action devait toujours répondre exactement à la stipulation, et rien n'était laissé à l'arbitraire du demandeur (*e*).

De même lorsque des intérêts étaient stipulés comme accessoires d'un simple prêt (sans stipulation); il y avait nécessairement deux actions

(*d*) L. 75, § 9, de verb. obl. (XLV, 1) : « qui sortem stipulatur, et usuras quascumque, *certum* et *incertum*, stipulatus videtur : et tot stipulationes sunt quot res sunt. » (Ici donc il y en a deux. Ces derniers mots indiquent une règle de droit proverbiale; cf. L. 86, eod.) — L. 8, de eo quod certo loco (XIII, 4) « ibi enim *duæ stipulationes* sunt » (il s'agissait d'un capital et des intérêts).

(*e*) Gajus, IV, § 53 : « sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet. »

distinctes; une *certi* et une *incerti condictio* (*f*).

B) Le pacte relatif à un payement d'intérêts avait des effets différents suivant la nature de la dette principale. En effet ce pacte pouvait être l'accessoire : *a*) d'un *bonæ fidei contractus*, *b*) d'une stipulation, *c*) d'un prêt.

a) En principe le pacte sur les intérêts joint à un *bonæ fidei contractus* engendre une action, non pas indépendante, mais se rattachant à l'action principale qui résulte du contrat. Ce rapport de droit, fondé sur des règles générales bien connues, se trouve appliqué notamment à la vente, au louage, au mandat et au dépôt (*g*).

b) Quand à côté d'une stipulation pour le capital existe pour les intérêts un simple pacte fait simultanément, ce pacte avait la même efficacité qu'une stipulation; il donnait lieu à une *incerti condictio*. Cela n'était pas conforme à la rigueur des anciens principes sur la stipulation, et ne fut admis que par suite de l'interprétation plus libre donnée au contrat. Aussi l'on remarque expressément que cette règle ne s'établit que

(*f*) L. 4, C. depos. (IV, 34) : « non duæ sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una. » Ici donc nous trouvons la règle contraire de celle mentionnée tout à l'heure relativement aux intérêts stipulés.

(*g*) L. 5, C. de pact. int. empt. (IV, 54); L. 17, § 4, de usuris (XXII, 1); L. 24, pr. inf., mandati (XVII, 1); L. 24; L. 26, § 1, depos. (XVI, 3).

progressivement et non sans contradictions (*h*). Voici l'idée sur laquelle elle repose. Quand les parties avaient pris soin d'exprimer toutes leurs conventions, tant pour le capital que pour les intérêts, et de placer à la fin la formule générale : *ea omnia dare spondes? spondeo*, la stipulation embrassait incontestablement toutes les parties de la promesse, y compris les intérêts. Si les parties n'avaient pas agi tout à fait régulièrement, cela ne devait pas plus leur nuire que l'inobservation des anciennes formes dans beaucoup d'autres circonstances. Par une espèce de fiction, on admettait que la formule de la stipulation exprimée au milieu de l'acte avait été reproduite à la fin. — C'est d'après une semblable liberté d'interprétation que, même au temps des anciens jurisconsultes, on regardait la stipulation comme efficace, bien qu'elle eût été faite en langue étrangère, en différentes langues, ou que la réponse ne fût pas littéralement conforme à la demande.

(*h*) L. 40, de reb. cred. (XII, 1). Sur ce texte célèbre par sa difficulté (L. *Lecta*); cf. Glück, vol. IV, p. 268-276, Schulting, notæ III, 31. Je n'ai point à donner ici l'explication complète de ce texte; voici la partie relative à mon sujet, et qui, suivant moi, n'est susceptible d'aucun doute : « pacta *incontinenti facta* stipulationi *inesse creduntur*... Pactum autem, quod subjectum est, *quidam dicebant*... tantum ad exceptionem prodesse... et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, *quamvis sententia diversa obtinuerit* », rel.

c) Enfin le pacte touchant des intérêts à côté d'un simple prêt est entouré de complications nombreuses, et a donné lieu à une fausse interprétation de plusieurs textes difficiles du droit romain ; ce point demande donc à être soigneusement étudié.

D'abord si nous comparons le prêt à la stipulation qui vient de nous occuper, nous trouvons la règle suivante : on peut valablement ajouter au prêt tout ce qui est susceptible de figurer dans une stipulation :

« Omnia quæ inseri *stipulationibus* possunt, eadem possunt etiam *numerationi pecuniæ* : et ideo et conditiones (*i*). »

Nous avons vu que le pacte touchant des intérêts joint à une stipulation avait été par la suite des temps admis comme base d'une action ; il semble donc que l'on aurait dû, pour être conséquent, attribuer au prêt la même efficacité ; la nature rigoureuse de contrat, qui n'était pas plus rigoureuse que celle de la stipulation, n'aurait pas dû y faire obstacle. La conséquence, dis-je, voulait que l'on fît cette application tant au prêt d'argent qu'au prêt d'autres quantités. Pour cette dernière espèce, le prêt de grains, etc., elle fut effectivement admise, comme je le montrerai tout à l'heure. S'il n'en est pas de même pour le prêt

(*i*) L. 7, de reb. cred. (XII, 1).

d'argent, cette différence ne tient pas à la nature du contrat, mais bien à la nature toute spéciale de l'action exclusivement affectée à ce contrat.

En effet la seule action qui peut résulter d'un prêt d'argent était une *certi condictio*, ou l'*intentio* devait nécessairement exprimer une somme déterminée, qui devait être reproduite dans la *condemnatio*. Le *judex* n'avait donc d'autre alternative que de rejeter lademande ou de condamner le défendeur au payement de la somme exprimée. S'il y eût ajouté les intérêts promis, la somme totale eût été prise sur ses propres biens (*k*).

Voilà uniquement pourquoi nous retrouvons dans tant de textes (*l*) la règle que les intérêts d'un prêt d'argent ne peuvent jamais être réclamés qu'en vertu d'une stipulation.

(*k*) Gajus, IV, § 52 : « alioquin litem suam facit. »

(*l*) L. 24, pr., de præscr. verb. (XIX, 5); L. 10, § 4, mand. (XVII, 1); L. 11, § 1, de reb. cred. (XII, 1); L. 3, 7, C. de usur. (IV, 32); Paul. II, 14, § 1. — Dans le cas précédent où le pacte avait été ajouté à la stipulation, on corrigeait le vice de forme par une interprétation bienveillante en supposant la formule de la stipulation placée à la fin de l'acte entier. Pour le prêt, on ne pouvait recourir à cet expédient, car relativement aux intérêts la fiction d'un prêt n'aurait pas eu de sens, et sans cette fiction l'action résultant du pacte n'aurait pas eu de base. — Néanmoins, il ne faut pas croire qu'un semblable pacte ne produisît absolument aucun effet; il ne donnait pas lieu à une action, mais il engendrait certainement une *naturalis obligatio*. L. 5, § 2, de sol. (XLVI, 3); L. 3, 4, 22, C. de usur. (IV, 32). Cela n'était pas douteux même pour les jurisconsultes partisans de l'opinion la plus rigoureuse (note *h*).

Si donc cela tient à la formule de l'action, et non à la nature du contrat, le droit Justinien, où il n'existe plus aucune trace de la procédure par formules, n'a pu sans inconséquence conserver cette règle, et il aurait dû l'abolir (*m*).

La vérité de cette explication ressort avec évidence des dispositions non équivoques du droit romain sur le prêt de grains ou autres quantités avec promesse d'intérêts par un simple pacte, bien que ce prêt soit un contrat tout aussi rigoureux que le prêt d'argent et d'une nature absolument semblable. Les textes suivants sont décisifs.

1) « Frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto præstanda est » (*n*).

Ici l'on reconnaît expressément que pour les grains prêtés les intérêts établis par un simple pacte donnent lieu à une action; seulement l'action n'est pas nommée.

2) « Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio, additamentum

(*m*) Relativement au *nauticum fœnus* l'action n'est point indiquée L. 5, § 1; L. 7, de naut. fœn. (XXII, 1). Peut-être avait-on toujours recours à une stipulation, peut-être aussi, sans stipulation, on intentait une action d'après les principes des contrats innommés. Car en cette matière la forme du prêt n'était qu'une apparence extérieure; dans la réalité on donnait une somme avec chance de perte, et l'autre partie promettait une somme supérieure dans le cas où la perte n'aurait pas lieu, c'était donc un acte dans la forme *do ut des*.

(*n*) L. 12, C., de usur. (IV, 32).

usurarum ejusdem materiæ suasit admitti (*o*). »

Ce texte a de tout temps fourni matière à des doutes et à des erreurs. D'abord il ne dit pas quelle est la nature des intérêts dont il parle. On pourrait croire que ce sont des intérêts moratoires ou judiciaires, mais cette supposition est tout à fait inadmissible, car on verra plus bas que cette espèce d'intérêts n'existe que pour le prêt d'argent. Ce ne sont pas non plus des intérêts stipulés, car alors il n'y aurait jamais eu sur la légitimité de l'action les doutes qu'exprime le texte. Reste donc seulement le cas où les intérêts sont promis par un simple pacte, c'est-à-dire précisément le cas dont traite le premier texte cité; ici seulement nous trouvons cette addition importante, que pour les intérêts la validité de l'action n'est pas conforme à la rigueur de la règle, que c'est une innovation fondée sur des motifs d'équité (*suasit admitti*). — Les mots *incerti pretii ratio* demandent aussi une explication particulière. Ces mots expriment précisément le contraste qui existe entre le prêt d'argent et celui des autres quantités. Pour le prêt d'argent la *certi condictio* empêchait les intérêts d'être compris dans le jugement; pour le prêt d'autres quantités la *incerta condemnatio*, par son expression indéterminée *quanti ea res est*, laissait au juge la faculté,

(*o*) L. 23, C., de usur. (IV, 32).

en la forme, de comprendre les intérêts dans le jugement, et au fond il n'y avait aucun doute sur la prestation des intérêts, d'après les motifs exposés plus haut (*p*).

§ CCLXIX. *Effets de la* lit. cont. — II. *Étendue de la condamnation.* a) *Extensions.* (*Intérêts judiciaires.* Suite.)

On a vu qu'une créance d'intérêts pouvait résulter de deux causes (§ 268). J'ai traité de la première (le contrat), je passe à la seconde.

II) Règle générale de droit envisagée comme cause d'une créance d'intérêts.

Cette règle de droit repose sur la considération suivante, puisée dans l'expérience. L'usage de placer l'argent à intérêts est tellement général, dans un état de civilisation avancée, que l'on peut admettre comme un fait constant la faculté appartenant à chacun de placer toute somme d'argent, grande ou petite, pour le temps qu'il juge

(*p*) Je dois donc rejeter les interprétations suivantes de notre texte proposées nouvellement. La *incerti petii ratio* représenterait, suivant quelques-uns, les variations du prix du blé ; mais on ne voit pas pourquoi l'on ne donnerait pas d'intérêts si les prix étaient invariables. — D'autres s'attachent exclusivement aux mots : *ejusdem materiæ*, de sorte que notre texte aurait pour but d'interdire une promesse d'intérêts en autres matières. Mais ces mots signifient que l'idée et la dénomination *d'intérêts* ne conviennent pas à la promesse d'autres matières; ils ne contiennent aucune prohibition. — D'après l'explication que je donne ici de notre texte, il faut rectifier ce que j'ai dit vol. V, p. 467.

convenable. Cela devient surtout évident quand la pensée se reporte aux banques publiques, aux caisses d'épargne, et aux comptes courants ouverts chez les banquiers, où toute somme porte intérêt du moment qu'elle est versée ou reçue. Seulement il ne faut pas s'imaginer que le prêt soit l'unique forme sous laquelle l'argent produise intérêt. On ne doit pas croire non plus que cette présomption, bonne pour les temps modernes, où la circulation de l'argent a tant d'activité, soit inapplicable à l'ancienne Rome, car on la trouve formellement établie par des jurisconsultes romains, comme je le montrerai tout à l'heure. L'institution des *argentarii* offrait surtout de grandes facilités pour le placement de l'argent (*a*).

Voici maintenant sur les rapports de droit l'influence des considérations que je viens de présenter.

Quand un propriétaire est privé pendant un temps de l'usage de sa chose par un détenteur injuste, et qu'il a contre celui-ci un titre juridique pour se faire indemniser, il s'agit dans chaque espèce de constater le dommage causé par cette injustice, et là-dessus il n'y a pas de règle générale à établir.

(*a*) Un témoignage remarquable sur la généralité de cet usage dans l'antiquité se trouve dans un lieu où on ne s'attendait guère à le trouver, dans la parabole du mauvais serviteur Saint Matthieu, 27, 25, et Saint Luc, 19, 23.

Mais celui à qui est due une semblable réparation trouve une grande facilité lorsque la chose dont l'usage lui a été enlevé injustement est une somme d'argent. Il est dispensé de prouver le dommage qu'il a souffert, car il peut réclamer de son adversaire les intérêts en usage dans le pays.

Sans doute il peut dans certains cas avoir droit à une indemnité plus forte; mais il faut alors ou une disposition particulière de la loi ou l'administration d'une preuve spéciale. Au contraire, pour obtenir les intérêts en usage dans le pays, aucune preuve n'est exigée, car elle est remplacée par la présomption générale fondée sur l'expérience.

Cette règle est très-importante dans la pratique, et les intérêts moratoires en sont une application remarquable; car le créancier d'une somme d'argent, sans avoir à prouver le dommage que lui cause la *mora*, peut réclamer les intérêts usités dans le pays (*b*). Mais c'est à tort que plusieurs auteurs font de ces intérêts une classe particulière et établissent sous d'autres noms d'autres classes rigoureusement distinctes (*c*). Le

(*b*) L. 32, § 2, de usuris (XXII, 1).

(*c*) Ainsi, par exemple, on a distingué les classes suivantes d'intérêts : usuræ ex mora, legales, punitoriæ (Schilling Institionen, III, 108). — Cela n'empêche pas que pour plusieurs rapports de droit particuliers des dispositions positives ne

cas des intérêts moratoires est sans doute le plus fréquent dans l'application; mais indépendamment de la *mora*, le même principe s'applique à beaucoup d'autres rapports de droit. Ainsi, notamment, celui qui gère les affaires d'autrui a droit pour ses avances aux intérêts usités dans le pays, lors même qu'aucune *mora* ne serait imputable à son adversaire (*d*).

Plusieurs auteurs regardent les intérêts moratoires comme un privilége attaché aux contrats et aux actions connues sous le nom spécial de *bonæ fidei actiones;* c'est encore là une erreur. Ces intérêts reposent sur une règle générale qui embrasse toutes les obligations; et si elle ne s'applique pas aux condictions (actions rigoureuses), cela tient uniquement à la nature spéciale de ces actions. Ainsi, sans aucun doute, la règle des

fixent un intérêt supérieur au taux ordinaire, par exemple dans les cas où l'administrateur des biens d'autrui s'en sert pour son propre usage. L. 38, de neg. gest. (III, 5); telles sont encore les *usuræ rei judicatæ*, d'après les nouvelles prescriptions de Justinien. Seulement dans ces différents cas les intérêts dus n'ont pas une base spécifiquement différente, tandis que les intérêts résultant d'un contrat diffèrent essentiellement de ceux fondés sur une règle générale de droit.

(*d*) Ainsi, par exemple, pour le mandat, la *negotiorum gestio*, la société et la tutelle; L. 12, § 9, mend. (XVII, 1); L. 19, § 4, de neg. gest. (III, 5). Lorsque dans ces différents cas l'administrateur prouve qu'il a été obligé d'emprunter à un intérêt plus élevé, il peut se faire indemniser. Mais cela est en dehors de la présomption générale qui nous occupe.

intérêts moratoires s'étendait aussi aux actions libres qui ne portaient pas le nom de *bonæ fidei actiones,* particulièrement aux actions prétoriennes et aux *extraordinariæ actiones* (*e*).

On ne doit pas oublier que le principe développé ici et ses conséquences importantes ne s'appliquent pas aux quantités en général, mais seulement aux dettes d'argent. Cela établit une distinction importante entre les intérêts conventionnels et les intérêts établis par une règle générale de droit ; les premiers peuvent exister pour toute espèce de quantités, les seconds ne peuvent exister que pour les dettes d'argent (*f*).

Voici le motif de cette distinction. Le placement de l'argent à intérêts est toujours possible, tandis qu'il faut des circonstances rares et tout à fait accidentelles pour placer à intérêts des grains ou d'autres quantités. Sans doute le propriétaire injustement privé de l'usage de ses grains a droit à une réparation ; mais il est tenu de prouver le dommage, et il ne peut substituer à cette preuve

(*e*) Ainsi la pollicitation, qui n'est certainement pas un *bonæ fidei contractus,* entraîne des intérêts moratoires ; L. 1, pr., de pollic. (L. 12). — De même la L. 38, § 8-16, de usur. (XXII, 1), met sur la même ligne, quant à la *causa,* les *bonæ fidei actiones* et les actions prétoriennes. — Enfin, nous trouvons des intérêts moratoires en matière de fidéicommis, qui ne se rattachaient certainement pas à une *bonæ fidei actio.*

(*f*) Voici donc encore une preuve décisive que la L. 23, C., de usur. (Voy. § 268, note *o*) ne s'applique pas aux intérêts moratoires.

la présomption d'un placement à intérêts, comme il le pourrait s'il s'agissait d'une somme d'argent. En effet, cette présomption, très-bien fondée pour l'argent, ne l'est en aucune manière pour les grains et les autres quantités (*g*).

§ CCLXX. *Effets de la* lit. cont. — II. *Étendue de la condamnation.* a) *Extensions.* (*Intérêts judiciaires.* Suite.)

La théorie des intérêts que je viens d'exposer (§ 268, 269) était uniquement destinée à servir de base à notre recherche sur les intérêts judiciaires; ce résumé général était indispensable pour l'étude approfondie de notre sujet.

Le défendeur condamné doit restituer les fruits de la chose litigieuse dont le demandeur a été privé pendant la durée du procès (§ 265). Maintenant, lorsque la chose litigieuse est une somme d'argent, il s'agit de savoir, et cela a une grande importance dans la pratique, si les intérêts de cette somme doivent être restitués comme fruits, et si en général le demandeur peut réclamer des intérêts judiciaires. Cette question a été

(*g*) On pourrait dire que l'on ne réclame pas des intérêts pour le non-usage du blé, mais bien des intérêts en argent pour le prix de la vente du blé. Mais ce point de vue n'aurait rien de spécial aux quantités; il serait applicable à toutes les autres choses, et d'ailleurs il doit être absolument rejeté, comme je le montrerai plus bas.

l'objet de discussions nombreuses, et encore à présent elle est controversée.

Avant de la discuter je vais, dans l'hypothèse de la légitimité de ces intérêts, établir leur rapport avec les intérêts moratoires. En effet, si des intérêts moratoires étaient dus antérieurement au litige, ils continuent à courir pendant toute la durée du procès, et dès lors il ne peut être question d'intérêts judiciaires, puisque ceux-ci sont absorbés par les intérêts moratoires. Ainsi, en général la question des intérêts judiciaires ne peut se présenter que dans deux cas, lorsqu'il n'existe pas de *mora* comme condition des intérêts moratoires, ou lorsqu'il n'est pas dû d'intérêts moratoires, malgré l'existence de la *mora*.

Les actions rigoureuses du droit romain nous fournissent un exemple évident de ce dernier cas. Malgré l'existence de la *mora*, le demandeur ne pouvait réclamer d'intérêts moratoires (§ 269); cela prêtait donc à l'application des intérêts judiciaires. Le premier cas, l'absence de la *mora*, pouvait se présenter dans différentes circonstances : la créance peut être douteuse en soi, ou d'un montant indéterminé (non liquide) (*a*); il se peut ensuite que le débiteur n'ait pas reçu de sommation, ou que la date de la sommation ne soit pas certaine. Quelquefois aussi l'intervalle

(*a*) L. 24, pr., L. 21, 47, 3, pr. ; de usur. (XXII, 1) ; L. 42, 63, de R. J. (L. 17),

entre la sommation et le commencement du litige est si court, que l'on ne prend pas la peine de prouver la sommation pour motiver des intérêts moratoires. Ces diverses circonstances suffisent pour motiver des intérêts judiciaires, et aussi les voyons-nous mentionnés plus souvent que les intérêts moratoires.

La question principale est celle de savoir si en général les intérêts judiciaires sont admissibles. Je n'hésite pas à résoudre affirmativement cette question, même pour l'ancien droit romain, sans distinction entre les actions rigoureuses et les actions libres. Je vais d'abord établir le principe, et j'en ferai ensuite l'application aux actions les plus importantes.

I) Principe des intérêts judiciaires.

Ce principe est posé d'une manière générale dans le texte cité plus haut, lequel attribue expressément aux intérêts la nature juridique des fruits (*b*). Je vais transcrire ce texte entier et en donner l'explication :

« *Usuræ vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari*. Et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelæ actione, et in ceteris

(*b*) L. 34, de usur. (XXII, 1), empruntée à Ulpian. lib. XV, ad Ed.; cf. § 265, *b*. J'ai déjà écarté, § 265, *a*, *b*, l'apparence de contradiction que l'on pourrait trouver dans la L. 121 de V. S. (L. 16).

judiciis bonæ fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus. »

La preuve que ce texte important est relatif à notre question, c'est-à-dire aux obligations du défendeur à un procès, résulte de son inscription, qui se rattache à un texte très-explicite d'Ulpien, où les fruits et les intérêts sont mis à la charge du défendeur qui succombe dans une instance en pétition d'hérédité (*c*). — Quand on voit dans la seconde proposition de notre texte mentionner les *bonæ fidei actiones*, on pourrait croire, par argument *a contrario*, que la règle inverse existe pour les actions rigoureuses. Mais cette supposition n'a aucun fondement, et le jurisconsulte semble plutôt avoir eu en vue les intérêts moratoires (distincts des intérêts judiciaires) qui s'appliquent uniquement aux *bonæ fidei actiones*. D'un autre côté, on pourrait vouloir rapporter aux *stricti juris actiones* ces mots de la fin : *ceteræ* obventiones ; et alors notre texte établirait directement le principe des intérêts judiciaires. Mais cette interprétation doit être également rejetée ; *obventio* désigne le produit d'une chose, et ainsi les « *ceteræ* obventiones » sont les autres espèces de produits compris, comme les intérêts, sous la dénomination générale de *fructus*.

(*c*) L. 20, de her. pet. (V, 3). Je ferai plus bas usage de ce texte pour l'application aux diverses actions.

Si maintenant, d'après ce témoignage, les intérêts sont une espèce de fruits, et si d'après les textes cités plus haut le défendeur, à partir de la *lit. cont.*, doit restituer *tous les fruits* sans distinction entre les actions libres et les actions rigoureuses (*d*), il résulte évidemment de cette combinaison qu'à partir de la *lit. cont.* le défendeur doit les intérêts, quelle que soit la nature de l'action. — On voit dès lors qu'il y a réellement des intérêts judiciaires distincts des intérêts moratoires, car la *lit. cont.* ne constitue pas la *mora* (§ 264), mais de la même espèce que les intérêts moratoires et fondés sur la même base, c'est-à-dire sur cette règle générale que le propriétaire d'une somme d'argent privé injustement de son usage a droit, comme indemnité, aux intérêts usités dans le pays (§ 269).

Voici encore un texte souvent cité comme exprimant la reconnaissance de notre principe :

« Lite contestata usuræ *currunt* (*e*). »

Néanmoins ce texte, étant susceptible de deux interprétations également plausibles, ne saurait être allégué comme preuve. En effet le *currunt* peut signifier : currere *incipiunt* (*f*), et alors ce

(*d*) Voy. § 266, notes *o-s*.

(*e*) L. 35, de usur. (XXII, 1).

(*f*) Pour cette signification les textes parallèles sont L. 40, de reb. cred. (XII, 1); L. 7, § 7, de administr. (XXVI, 7). Les deux significations sont bien marquées dans Huber, Prælect. in Pand. XXII, 1, § 17.

texte reproduit effectivement notre principe. Mais le *currunt* peut aussi signifier : currere pergunt (*g*), c'est-à-dire la *lit. cont.* n'interrompt pas les intérêts ; ce texte n'aurait alors rien de commun avec notre principe, et il exprimerait une autre proposition, d'ailleurs incontestable, que quand un capital est réclamé en justice, la *lit. cont.* n'opère pas la consommation de la créance des intérêts. Ces deux interprétations sont également admissibles ; mais la seconde est la plus vraisemblable, à cause d'un texte parallèle que son inscription rattache au nôtre :

« Novatione legitime facta liberantur hypothecæ et pignus, *usuræ non currunt* (*h*). »

Si l'on rapproche ces deux textes, on obtient le sens suivant. La novation véritable, c'est-à-dire la stipulation en dehors d'un procès, arrête entre autres choses le cours des intérêts. La *lit. cont.*, bien que dans plusieurs cas représentée comme une novation, n'arrête pas le cours des intérêts (*i*).

Si après ces considérations générales la vérité

(*g*) Texte parallèle pour cette signification : le *non currunt* dans la L. 18, de nov. (XLVI, 2).

(*h*) L. 18, de nov. (XLVI, 2). Les deux textes sont tirés de Paulus, lib. LVII, ad Ed.

(*i*) Cette interprétation se trouve dans Madai, Mora, p. 369-371, Wächter, III, p. 24, mais où elle est soutenue d'une manière trop exclusive, car la première ne doit pas être absolument rejetée.

du principe pouvait encore être mise en doute, tous les doutes seraient dissipés par les applications suivantes, où le principe lui-même est clairement reconnu, et ces applications à des actions diverses prouveraient la vérité du principe lors même qu'il ne se trouverait exprimé dans aucun texte comme règle générale.

Mais avant d'exposer ces diverses applications je vais entrer dans quelques détails, afin de préciser ce principe et d'en montrer les conséquences.

1) Pour que les intérêts judiciaires puissent être exigés il faut que le litige porte sur une somme d'argent, et non sur d'autres quantités, des grains par exemple. Tous les motifs développés plus haut au sujet des intérêts moratoires (§ 269) s'appliquent également aux intérêts judiciaires (*k*).

Mais je vais encore examiner ici un argument que l'on pourrait invoquer pour étendre les intérêts judiciaires non-seulement aux autres quantités, mais à toutes les choses en général.

Ainsi on pourrait dire, avec une apparence de raison : si le demandeur eût recouvré la chose litigieuse lors de la *lit. cont.*, il eût pu la vendre et en placer le prix à intérêt. Puisqu'il est privé

(*k*) Cela prouve aussi que la L. 23, C, de usur. (§ 268., *o*), ne s'applique nullement aux intérêts judiciaires, non plus qu'aux intérêts moratoires (§ 269, *f*).

de cet avantage, on doit lui accorder des intérêts comme indemnité. — Il s'agit d'apprécier ici la position et les obligations du défendeur. On ne peut mettre ces intérêts à sa charge que par application du principe relatif aux fruits négligés (§ 265, 266), c'est-à-dire en lui imputant comme *culpa* de n'avoir pas vendu la chose litigieuse. Mais cela n'est point admissible, car, lors même que l'action est rigoureuse, le défendeur peut pendant le litige se libérer de toute obligation relative à la chose litigieuse, par une restitution en nature (§ 261). — Nous trouvons dans la décision suivante d'un cas particulier l'application des vrais principes de la matière. Lorsque des vases d'or ou d'argent ont été légués par fidéicommis, et que l'héritier est en retard de les délivrer (*si mora intervenerit*), il ne doit des intérêts que dans le cas où le testateur aurait destiné les vases à être vendus, c'est-à-dire si le fidéicommis se réduit à une somme d'argent qui doit être réalisée par la vente des vases (*l*).

2) On croit généralement que les actions libres admettent les intérêts judiciaires, mais non les

(*l*) L. 3, § 4, de usur. (XXII, 1). — La L. 51, § 1, de her. pet. (V, 3), qui pourrait faire naître des doutes, suppose évidemment que l'héritier a vendu les fruits recueillis avant la *lit. cont.* et les a convertis en argent comptant, dont il est actuellement débiteur. Voy. § 271, *c*.

actions rigoureuses, et cette opinion semble justifiée par la prescription non équivoque touchant la *condictio indebiti*, qui permet de réclamer les sommes indûment payées, mais non les intérêts de ces sommes (*m*). Cette prohibition absolue implique trois propositions : on ne peut pas réclamer d'intérêts à partir du payement fait par erreur, à partir de la *mora*, enfin à partir de la *lit. cont.*, et celle-ci rentre directement dans notre sujet. Maintenant il semble tout naturel de chercher dans la nature de l'action le motif de cette prohibition, et d'y voir une application de la règle générale, que jamais les condictions n'admettent de réclamations d'intérêts. Néanmoins cette supposition n'est pas fondée, et voici plutôt comment s'explique la prohibition.

Celui qui réclamait une somme d'argent pour cause d'un prêt, d'une stipulation ou d'un payement non dû, ne pouvait le faire qu'au moyen d'une *certi condictio*. Or la nature spéciale de cette action voulait qu'une somme déterminée fût exprimée dans l'*intentio* et reproduite dans la *condemnatio*; cette instruction dont le *judex* ne pouvait s'écarter l'empêchait de porter dans le jugement une somme plus forte, et excluait ainsi toute supputation d'intérêts.

(*m*) L. 1, C., de cond. ind. (IV, 4) : « ... Usuras autem ejus summæ præstari tibi frustra desideras : actione enim condictionis ea sola quantitas reperitur quæ indebita soluta est. »

Quand, au contraire, une stipulation relative à de l'argent n'exprimait pas la somme, mais la faisait dépendre d'une circonstance extérieure (*n*), cette stipulation donnait lieu à une action rigoureuse, à une condiction ; mais celle-ci ne pouvait entraîner qu'une *incertæ pecuniæ condemnatio* (*o*), et dès lors rien n'empêchait le *judex* d'appliquer la règle exposée plus haut touchant les intérêts judiciaires.

Ainsi, même chez les Romains, ce n'était pas la nature des actions rigoureuses en soi qui excluait les intérêts judiciaires, mais uniquement la nature spéciale de la *certi condictio ;* nous devons donc reconnaître que les intérêts judiciaires s'appliquaient également aux actions rigoureuses, sauf néanmoins le cas de la *certi condictio* (*p*). Mais Justinien s'est montré inconséquent en maintenant la rigueur de l'ancien principe pour

(*n*) Par exemple : quanti fundus Cornelianus est, dare spondes ?

(*o*) Gajus, IV, § 49-51. La formule portait alors : *quanti res est,* ou quidquid dari fieri oportet.

(*p*) Les opinions ont été de tout temps très-partagées sur cette question. Les intérêts judiciaires sont déniés dans toute les *stricti juris actiones* par Noodt, De fœnore et us. III, 12 ; Winkler, p. 345 ; Madai, Mora, p. 369, Liebe, Stipulation, p. 52 ; ils sont admis, au contraire, par les glossateurs Martinus et Jacobus (Hænel, Diss. dominorum, § 56, p. 42); Huber, Prælect. in Pand. XXII, 1, § 17; Keller, § 21, notes 2 et 10. —Moi-même j'avais soutenu (vol. V, p. 152, 153, 485), la première opinion, que j'abandonne aujourd'hui.

la *condictio indebiti*, puisque de son temps il n'existait plus aucune trace de la procédure par formules.

3) Enfin parmi ceux qui en général admettent les intérêts judiciaires s'est élevé la question de savoir si ces intérêts s'appliquent seulement aux sommes liquides, ou bien aussi à celles qui ne le sont pas (*q*). Si ce principe doit avoir quelque valeur pratique, il faut rejeter toute distinction entre les sommes liquides ou non liquides. Par là on ne fait aucune injustice au défendeur, car le payement des intérêts repose sur cette présomption, qu'on ne laisse jamais l'argent improductif et que toujours on en trouve le placement. Si cette distinction était admise, il serait toujours facile au défendeur, indépendamment du débat principal, d'élever des doutes sur le montant de la demande, et d'abolir ainsi par le fait le principe des intérêts judiciaires.

(*q*) Cannegiesser, Decis. Cassel. T. I, dec. 56, n° 6, se prononce pour l'opinion restrictive, car il ne fait courir les intérêts que du moment où la dette est parfaitement liquide. Cette doctrine paraît tenir à l'idée erronée d'une peine qui ne saurait atteindre le défendeur tant qu'il y a incertitude. Hommel Rhaps. Obs. 234, exprime l'opinion contraire.

§ CCLXXI. *Effets de la* lit. cont. — II. *Etendue de la condamnation.* — *a. Extensions* (*Intérêts judiciaires,* Suite).

II. Application des intérêts judiciaires aux actions les plus importantes.

Les témoignages du droit romain en cette matière sont beaucoup plus rares qu'on ne pourrait le croire d'après son importance pratique. Mais ces témoignages sont décisifs, et comme on s'explique très-bien leur absence relativement à plusieurs actions, leur rareté ne saurait soulever aucun doute sur la vérité du principe.

1) Quand il s'agit d'une action en revendication de pièces d'argent déterminées notre principe ne trouve évidemment pas d'application. En effet, elle supposerait que le défendeur doit aliéner les espèces revendiquées et les placer à intérêt; or, toute aliénation, toute consommation de la chose revendiquée lui est absolument interdite (§ 264, *p*, *q*, *r*). Ainsi donc ce qui distingue cette action de l'action personnelle en recouvrement d'une créance, c'est que par cette dernière on réclame du défendeur son propre argent, qu'il ne lui est pas défendu d'aliéner et de placer à intérêt (*a*).

(*a*) Ce caractère propre de la revendication relativement aux intérêts judiciaires a été signalé par Bukka, Einflusz des

2) Il en est tout autrement de la pétition d'hérédité, et précisément ici nous trouvons les témoignages les plus complets sur l'application de notre principe. Cette action est *in rem* aussi bien que l'action résultant de la propriété; mais, au lieu de porter, comme celle-ci, sur une chose particulière et déterminée, elle porte sur un ensemble de biens, et dès lors embrasse nécessairement plusieurs objets qui, considérés en eux-mêmes, ont le caractère d'obligations. — Voici, au sujet de cette action, les diverses dispositions que nous trouvons sur les intérêts judiciaires.

a) A partir de la *lit. cont.* le possesseur paye les intérêts du prix des biens de la succession aliénés par lui avant la *lit. cont.*, prix qui dès lors est devenu partie intégrante de la succession (*b*). Parmi ces biens vendus de la succession doivent

Prozesses, p. 265. — Il semble qu'il faille en dire autant pour l'*actio depositi* (personnelle), car on réclame aussi des pièces d'argent déterminées, dont l'aliénation est également interdite. Mais ici les intérêts judiciaires sont en général absorbés par la *mora*, qui existe souvent avant le litige, au plus tard lors de l'insinuation de la demande, et ainsi, dans les deux cas, est antérieure à la *lit. cont.* (cf. note *h*).

(*b*) L. 1, § 1, C., de her. pet. (III, 31) : « usuras pretii rerum ante L. C. venditarum, *ex die contestationis* computandas, omnimodo reddere compellantur. » — Cela est confirmé par la L. 20, § 11, de her. pet. (V, 3), excepté que la *denuntiatio* est substituée à la *lit. cont.*, comme je l'ai déjà observé. Lorsque la L. 20, § 6, eod. dit que les intérêts ne sont pas dus, cela doit s'entendre des intérêts perçus *avant* le litige par le possesseur de bonne foi.

figurer les fruits naturels récoltés et ensuite aliénés (*c*), comme aussi, sans aucun doute, les loyers et fermages reçus.

Ce sont évidemment là de purs intérêts judiciaires, et nous voyons effectivement qu'on leur applique le principe des fruits négligés. Ainsi, quand le défendeur a négligé de recouvrer le prix de la vente, il n'en doit pas moins les intérêts (*d*). — Si le possesseur est de mauvaise foi, le demandeur peut également réclamer le prix de la vente, et les intérêts, ou bien la valeur réelle de la chose y compris la valeur des fruits (*e*). Cela signifie qu'il peut accepter ou ne pas accepter la vente et ses conséquences, selon qu'il y trouve avantage.

b) Les sommes dont nous venons de voir que le défendeur doit les intérêts ont été apportées par lui-même à la masse de la succession; maintenant, doit-il aussi les intérêts de l'argent comptant qu'il a trouvé dans les biens du défunt. Ici l'analogie semble demander l'application de la même règle. En effet, le défendeur administre des biens qui peuvent appartenir à autrui, et il doit les administrer tous en bon père de famille; or, un

(*c*) L. 51, § 1, de her. pet. (V, 3), où seulement il faut sous-entendre que les fruits perçus avant la *lit. cont.* ont été *vendus*. Voy. § 270, *l.*

(*d*) L. 20, § 15, de her. pet. (V, 3).

(*e*) L. 20, § 12, 16; L. 36, § 3, de her. pet. (V, 3).

bon père de famille ne laisse pas des capitaux oisifs. Si donc par exemple le défunt, peu avant sa mort, avait reçu un capital sans avoir le temps de le placer, le possesseur serait blâmable de laisser ce capital sans emploi pendant toute la durée du litige.

Voici néanmoins un texte où Papinien, cité par Ulpien, semble décider que le possesseur de la succession ne doit jamais d'intérêts de l'argent comptant trouvé dans les biens du défunt :

« Papinianus autem libro tertio quæstionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, *negat eum omnino in usuras conveniendum* (*f*). »

Heureusement nous avons un autre texte, emprunté au même ouvrage de Papinien, cité ici par Ulpien, qui non-seulement protége notre principe contre cette apparence de contradiction, mais le complète en le précisant :

« De pecunia *deposita,* quam heres non attingit, usuras præstare non cogitur (*g*). »

Ces deux textes parlent d'une pecunia *quam non attingit ;* seulement, celui qui ne touche pas à l'argent est représenté comme *possessor hereditatis* dans le premier texte, comme *heres* dans le second, et cette expression rapprochée de pe-

(*f*) L. 20, § 14, de her. pet. (V, 3).

(*g*) L. 62, pr., de rei vind. (VI, 1), tirée de Papinianus, lib. VI Quæstionum.

cunia *deposita* semble indiquer que ce dernier texte se rapporte à une *actio depositi* dirigée contre le véritable héritier du dépositaire. Néanmoins je crois que cette interprétation doit être absolument rejetée. Le texte entier d'où est tiré ce petit fragment parle du défendeur à une revendication; or, on peut bien assimiler à celui-ci le défendeur à une pétition d'hérédité, mais non le défendeur à une *actio depositi*. L'explication suivante me paraît donc plus juste (*h*). *Heres* est ici synonyme de *possessor hereditatis*, et ainsi les deux textes se rapportent à un seul et même cas. La pecunia *deposita* est une somme d'argent que le défunt ne destinait pas à l'entretien de sa maison ou à un placement, mais qu'il tenait en

(*h*) Je ne nie pas que ce texte soit encore susceptible d'une autre interprétation. Ainsi il *pourrait* s'appliquer à l'héritier d'un dépositaire contre lequel on exerce l'*actio depositi*. Mais alors on doit nécessairement admettre les deux suppositions suivantes : 1° le défunt n'était pas déjà constitué en *mora*, car la *mora* (avec l'obligation de payer les intérêts) passerait à son héritier, sans que celui-ci pût exciper du non-usage de l'argent (L. 87, § 1, in *f.* de leg. 2); 2° l'héritier lui-même n'a pas été constitué en *mora*, et cela par le même motif. En effet on peut concevoir que l'héritier ignore le dépôt, ce qui empêche la *mora* (L. 42, de R. J.), et qu'en même temps il déclare vouloir laisser l'argent intact, par délicatesse de conscience, et le cas serait alors semblable à celui de l'argent revendiqué (note *a*). — Or, la nécessité d'admettre toutes ces suppositions, pour que le texte ne soit pas contredit par d'autres règles certaines, rend cette interprétation très-suspecte et doit faire préférer la première, confirmée d'ailleurs par la *ressemblance littérale* des deux textes.

réserve pour un besoin imprévu, cas spécifié ailleurs en des termes à peu près semblables : pecunia præsidii causa *reposita* (ou bien *seposita*) (*i*). Le possesseur de la succession qui conserve cet argent n'en doit pas les intérêts, car il en fait le même usage que le défunt. — Si l'on rapporte la décision de Papinien, citée par Ulpien, à ce cas exceptionnel, comme l'indique clairement la similitude des mots *non attingit,* cette décision n'a rien de contraire à notre principe ; en effet, on ne saurait dire qu'une semblable prévoyance excède les limites d'une bonne administration, et l'exemption d'intérêts est uniquement motivée sur la différence qui existe entre une somme mise ainsi en réserve et un capital ordinaire.

(*i*) L. 79, § 1, de leg. 3 (XXXII). « His verbis : *quæ ibi mobilia mea erunt do lego,* nummos ibi *repositos ut mutui darentur,* non esse legatos Proculus ait : at eos quos *præsidii causa repositos* habet, ut quidam bellis civilibus factitassent, eos legato contineri : Et audisse se rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse : peculium appellantes quod præsidii causa seponeretur. » — Cette explication a été déjà donnée par Glück, vol. VIII, p. 297, 298. On peut ajouter à son appui la considération suivante. L'argent dont Papinien parle dans deux endroits différents : *pecunia* inventa (deposita) in hereditate quam heres (possessor hereditatis) *non attingit,* a toute l'apparence d'une curiosité proverbiale, comme celle que nous trouvons dans Gajus, III, § 196 : « quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset, » et dans Gajus, III, § 202 : « et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. » Tout cela a beaucoup d'analogie avec le fait singulier rapporté par Proculus du *præsidii causa nummi repositi.*

3) Quand il s'agit d'un legs ou d'un fidéicommis en argent comptant, les intérêts, comme toute autre espèce de fruits, sont dus à partir de la *lit. cont.* (*k*), et ici nous trouvons une reconnaissance positive du principe des intérêts judiciaires. Mais il faut toujours supposer que la *mora* ne résulte pas déjà de quelque circonstance particulière, car alors les intérêts judiciaires seraient absorbés par les intérêts moratoires.

En effet il est hors de doute que pour les legs et les fidéicommis la *mora* en soi et avant tout litige motive la réclamation des intérêts moratoires, comme de toute espèce de fruits. Ce principe, admis d'abord seulement pour les fidéicommis, fut étendu plus tard au *legatum sinendi modo* et enfin au *damnationis* et au *vindicationis legatum* (*l*).

Maintenant lorsque l'on voit les textes marquer comme point de départ de cette obligation tantôt la *mora*, tantôt la *lit. cont.*, on ne doit pas croire qu'il y ait eu là-dessus controverse, ou que le droit

(*k*) L. 1, 2, C., de usur. et fruct. (VI, 47). — Pour les fruits seulement (sans mention des intérêts) la *lit. cont.* est donnée comme point de départ dans la L. 51, pr., fam. herc. (X, 2); L. 4, C., de usur. et fruct. (VI, 47).

(*l*) Gajus, II, § 280 (fideicommis et leg. sinendi modo); L. 51, pr., fam. herc. (X, 2, vind. legatum); L. 91, § 7, de leg. 1 (XXX, damn. legatum); L. 3, pr. de usuris (XXII, 1, fideicommis); L. 39, § 1, de leg. 1 (XXX, sans désignation spéciale); L. 4, C., de us. et fruct. (VI, 47, fidéicommis, leg. damn. et vind. réunis. Voy. note *m*.)

ancien diffère du droit nouveau ; la *mora* était la règle générale, et la *lit. cont.* ne figure que subsidiairement dans les cas particuliers où manquent les conditions de la *mora* (§ 264, *g*). J'ajoute que s'il n'y a pas de contraste réel entre ces deux expressions, ces deux expressions contrastent avec l'opinion fort soutenable que les fruit et les intérêts sont dus à partir du décès. Tous ces textes ont principalement pour objet de repousser cette dernière opinion (*m*).

4) Enfin, relativement aux actions personnelles, nous ne trouvons aucune mention des intérêts judiciaires ; j'en ai indiqué plus haut le motif. Pour les actions libres, les intérêts judiciaires se trouvaient souvent absorbés par une *mora* antérieure, et ainsi ils ne s'appliquaient que dans les cas où n'existait pas la *mora*. Pour les actions rigoureuses, l'espèce la plus importante, la *certi condictio*, excluait précisément les intérêts judiciaires, qui dès lors étaient renfermés dans le cercle plus étroit des autres condictions.

Il resterait encore plus d'un doute sur la matière difficile des intérêts judiciaires, si je ne traitais pas une question appartenant à l'ancien droit romain et qui se rattache à différents textes du droit justinien. On a vu plus haut que pour

(*m*) L. 4, C. de us. et fruct. (VI, 47) : « In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem *non ex die mortis* consequuntur, sive in rem sive in personam agatur. »

toutes les actions la *lit. cont.* opère la consommation du droit d'action, et pour plusieurs actions personnelles, qu'elle opère une novation de l'obligation principale, novation néanmoins dont les effets sont beaucoup plus restreints que ceux d'une novation ordinaire faite en dehors d'un procès (§ 258). Maintenant se présente la question suivante : quelle est l'influence de la consommation et de la novation sur la réclamation des intérêts?

Ici nous devons soigneusement distinguer les diverses espèces d'intérêts énumérés plus haut.

A) Plusieurs n'ont pas une base juridique indépendante; car ou ils se rattachent à d'autres obligations, tels que les intérêts résultant d'un pacte joint à un *bonæ fidei contractus*, ou bien en général ils ont pour cause non une obligation proprement dite, mais l'*officium judicis*, tels que les intérêts moratoires et les intérêts judiciaires.

Ici point de difficulté. L'introduction de l'action principale consommait certainement la réclamation des intérêts, de sorte qu'ils ne pouvaient jamais faire la matière d'une action nouvelle.

Les intérêts de cette espèce ne pouvaient donner lieu à une novation, car en général ils ne dérivent pas d'une obligation antérieure ou du moins d'une obligation indépendante.

B) D'autres, au contraire, ont une base indépendante; tels sont nommément les intérêts ré-

sultant d'une stipulation, comme accessoire d'un prêt, ou d'une stipulation comme obligation principale.

Je rappellerai d'abord la règle développée plus haut, qu'en pareils cas on ne peut jamais comprendre dans une seule action le capital et les intérêts, mais qu'il faut toujours deux actions différentes, une *certi* et une *incerti condictio*. Si l'obligation principale était un *bonæ fidei contractus*, il fallait également deux actions différentes : une *bonæ fidei actio* et une *incerti condictio*.

Ainsi donc l'action par laquelle on réclamait le capital ne pouvait entraîner la consommation de l'action toute différente relative aux intérêts, car celle-ci n'était point amenée *in judicium*.

La novation contenue dans la *lit. cont.* de l'action principale ne pouvait certainement éteindre les intérêts échus, puisque le payement même du capital n'aurait pas eu cet effet. Une autre question, et très-controversée, est celle de savoir si la novation résultant de l'action principale empêche la formation de nouveaux intérêts, notamment pendant toute la durée du litige. L'affermative a une apparence de fondement, car l'obligation des intérêts est de sa nature une obligation accessoire, et la créance du capital étant éteinte par la novation, il semble que les intérêts accessoires de cette créance doivent cesser de courir. Voici

néanmoins une raison décisive à l'appui de l'opinion contraire.

Il existe pour les obligations d'autres accessoires que les intérêts, notamment le gage et la caution. La novation véritable, celle résultant d'un contrat, fait disparaître tous ces accessoires, aussi bien que le payement. Si l'on voulait attribuer la même efficacité à la novation contenue dans la *lit. cont.*, la *lit. cont.* porterait préjudice au demandeur, tandis qu'elle est destinée à lui procurer un avantage. Aussi la *lit. cont.* laisse subsister les accessoires de l'obligation.

Pour le gage cela est dit expressément (*n*); pour les intérêts, dont nous nous occupons exclusivement ici, on verra tout à l'heure que cela est établi par un rescrit de Sévère. S'il en est autrement pour la caution, cela ne tient pas à la novation, mais à un principe beaucoup plus large et qui embrasse même les actions où la novation n'accompagne pas la *lit. cont.* L'action contre la caution avait la même *intentio* que l'action contre le débiteur principal, et cette identité, sinon quant aux personnes, du moins quant à l'objet, faisait que l'action dirigée contre le débiteur principal amenait *in judicium* et consommait en

(*n*) L. 11, pr., § 1, de pign. act. (XIII, 7); L. 13, § 4, de pign. (XX, 1). Il en est de même pour le *privilegium dotis et tutelæ*, L. 29, de nov. (XLVI, 2), où le motif général est aussi exprimé.

même temps l'action contre la caution. Cette règle nous est attestée par Cicéron, et subsista jusqu'à Justinien, qui l'abolit expressément (*o*). Rien de semblable n'existait pour les intérêts; aussi leur cours n'était-il pas interrompu par la *lit. cont.* de l'action principale.

Maintenant l'action par laquelle on réclamait les intérêts amenait *in judicium* et consommait la stipulation d'intérêts tout entière, c'est-à-dire tant pour les intérêts échus que pour ceux à échoir, car les uns et les autres reposaient sur une seule et même obligation, formant un tout comme obligation. Le juge prononçait effectivement sur les intérêts échus; il n'avait aucun motif actuel pour prononcer sur les intérêts à échoir, et ceux-ci étaient à jamais perdus, vu la consommation de l'action. Pour prévenir ce danger, le demandeur devait ajouter à son action la prescription suivante : *cujus rei dies fuit* (*p*).

Ces préliminaires étaient indispensables pour l'explication d'un texte important qui a donné lieu à de nombreuses méprises :

« Judicio cœpto, usurarum stipulatio non est perempta; superest igitur, ut debitorem ejus

(*o*) Cicero ad Att. XVI, 15; L. 28, C. de fidejuss. (VIII, 41). Ce sujet est traité avec détails et profondeur par Keller, § 52, qui cite tous les témoignages des sources.

(*p*) Gajus, IV, § 131.

temporis quod non est in judicium deductum convenire possis (*q*). »

La première proposition de ce texte confirme directement ce que j'ai dit plus haut, que l'exercice de l'action principale n'opère ni la consommation ni la novation de la stipulation des intérêts, et ainsi laisse intacte cette stipulation. La seconde proposition ajoute, comme conséquence, que même après avoir exercé l'action principale on peut toujours exercer une action distincte relativement aux intérêts, sauf néanmoins le cas où l'action touchant les intérêts échus serait consommée par une demande antérieure. Maintenant, point de consommation quand il n'y a pas encore eu de demande d'intérêts ou que dans la demande on a inséré la prescription indiquée plus haut, pour prévenir la consommation des intérêts à échoir (*r*).

(*q*) L. 1, C. de jud. (III, 1), de Sévère et Antonin.

(*r*) Mayer, Litiscontestation, p. 35-38, contrairement aux principes ici posés, prétend que l'action touchant le capital arrête le cours des intérêts par suite de la novation contenue dans la *lit. cont.*; mais il confond la consommation du droit et la novation, comme aussi il ne distingue pas deux actions, l'une touchant le capital, l'autre les intérêts, et sans motif il établit une différence pratique entre les gages et les intérêts; puis, cette difficulté qu'il s'est créée, il cherche à l'écarter avec assez de sagacité en distinguant les institutions de diverses époques. Il puise son principal argument dans la L. 90, de V.O. (XLV, 1), qui, pour le cas de la *pœnæ stipulatio* (stipulation ayant sous une autre forme le même but et le même

Il ne me reste plus qu'à examiner les opinions des auteurs modernes sur l'état actuel du droit en cette matière.

Dans ces derniers temps plusieurs auteurs ont absolument repoussé les intérêts judiciaires, car ils n'en admettent pas même l'existence. En effet, ils partent de ce principe qu'un litige ne peut jamais donner lieu à d'autres intérêts qu'à des intérêts moratoires. Or comme la *lit. cont.* ne constitue pas la *mora* (et je partage cette opinion), ils en concluent qu'il ne saurait jamais exister d'intérêts judiciaires, c'est-à-dire résultant de la *lit. cont.* Ils ajoutent que ces intérêts sont spécialement inapplicables aux contrats *stricti juris,* puisqu'en général ces contrats n'admettent pas d'intérêts moratoires (*s*). L'importance pratique de cette doctrine n'est pas uniquement de faire rejeter la dénomination d'intérêts judiciaires, pour ne parler que d'intérêts moratoires, mais bien de n'admettre aucune prestation d'intérêts dans tous les cas où manquent les conditions spéciales de la *mora.*

D'un autre côté, l'opinion que je soutiens ici a

résultat que la stipulation d'intérêts), reproduit avec raison la décision de la L. 1, C., de jud., relativement aux intérêts. Mayer induit de la L. 90 que le contraire a lieu pour les intérêts, et ainsi il introduit arbitrairement dans ce texte un argument *a contrario.*

(*s*) Göschen Vorlesungen, vol. 1, p. 478. — Madai, Mora, p. 369-373; Wächter, H. 2, p. 54-55; H. 3, p. 24.

de tout temps trouvé des partisans nombreux. Ce sont d'abord tous les auteurs qui en droit romain admettent la validité des intérêts judiciaires pour les actions rigoureuses (§ 270, *p*). Ceux-ci reconnaissent d'une manière générale le principe des intérêts judiciaires en droit commun, et c'est ainsi que notamment Huber invoque la pratique moderne à l'appui de son opinion. Mais en outre plusieurs auteurs, au point de vue purement théorique, ont adopté la doctrine des intérêts judiciaires (*t*).

La haute cour d'appel de Lübeck, qui rend témoignage de la pratique pour les quatre villes libres, admet entièrement les intérêts judiciaires, à partir de l'insinuation de la demande. Nous trouvons dans le ressort de cette cour un cas où les intérêts judiciaires sont opposés aux intérêts moratoires de manière à en faire ressortir clairement la différence. A Hambourg, d'après l'opinion d'un grand nombre d'auteurs, les intérêts moratoires se comptent à cinq pour cent, les intérêts judiciaires à six, de sorte que quand la *mora* existait antérieurement au litige, l'insinuation de la demande élève les intérêts de un pour cent (*u*).

(*t*) Bayer Prozesz, p. 233, 234 ; Linde Prozesz, § 200, n. 5. Ces auteurs prennent, il est vrai, pour point de départ l'insinuation, et non la *lit. cont.*, mais cela ne change rien au fond des choses. Je reviendrai plus bas sur cette différence.

(*u*) Ce renseignement m'a été communiqué par mon ami Blume.

La cour de révision et de cassation de Berlin, qui pour l'ancien duché de Nassau fait les fonctions de haute cour d'appel, conformément aux règles et à la procédure du droit commun, admet régulièrement les intérêts judiciaires à partir de l'insinuation (v). Dans les motifs d'un arrêt de 1832 cette cour a eu occasion de reconnaître formellement la nature propre des intérêts judiciaires, comme distincte des intérêts moratoires antérieurs.

La faculté de droit de Berlin suit également la même pratique, lorsqu'elle est appelée à prononcer comme *Spruch-Collegium**, sur des procès

(v) On donne comme point de départ des intérêts, tantôt l'insinuation, tantôt l'établissement de la demande, tantôt la demande. Mais partout on a en vue l'insinuation.

* A Berlin le *Spruch-Collegium* se compose de tous les professeurs ordinaires de la faculté de droit. Il n'a pas de juridiction proprement dite, il ne connaît que des affaires qui lui sont adressées par un tribunal; mais après cet envoi (*Acten-Versendung*) le tribunal est tenu de publier le jugement qui lui est transmis par le *Spruch-Collegium*. Les tribunaux pouvaient autrefois saisir indifféremment toutes les facultés de droit de l'Allemagne. L'introduction des législations nouvelles a dû modifier cet état de choses; ainsi, en Prusse depuis longtemps les tribunaux ne peuvent plus renvoyer aucune affaire à un Spruch-Collegium, mais les universités prussiennes continuent à juger les affaires qui leur sont adressées par les tribunaux des autres parties de l'Allemagne. Un décret de la diète germanique, du 5 novembre 1835, défend de renvoyer aux facultés de droit les pièces d'aucune affaire criminelle. (*Note du trad.*)

instruits dans des pays régis par le droit commun (*w*).

Le code prussien a adopté entièrement les principes du droit commun tels que je viens de les exposer, sauf qu'il ne distingue pas nominativement les intérêts judiciaires des intérêts moratoires, et il les considère comme un cas particulier, qui néanmoins s'applique à toute réclamation d'argent, si les intérêts moratoires ne courent pas déjà. Ainsi extra-judiciairement la *mora* et par conséquent le droit à des intérêts résulte de l'échéance du terme fixé pour le payement, ou, s'il n'y a pas de terme convenu, d'une sommation de payer (*x*). Si la *mora* n'existe pas avant le litige, elle résulte du moins de l'insinuation de la demande, et les intérêts courent à compter de cette époque (*y*).

§ CCLXXII. *Effets de la* lit. cont. — II. *Étendue de la condamnation.* — b. *Diminutions.*

Les modifications dont est susceptible la chose litigieuse, et qui peuvent faire attribuer à la *lit.*

(*w*) Les variétés d'expressions mentionnées dans la note précédente se retrouvent également ici, sauf que le mot insinuation se retrouve plus souvent, mais le sens reste partout le même.

(*x*) A. L. R. Th. 1, Tit. 16, § 15, 16, 20, 64, 67, 68, et Tit. 11, § 827-829.

(*y*) A. G. O. Th. 1, Tit. 7 § 48, *d*.

cont. une influence sur le fond du rapport de droit sont ou des extensions ou des diminutions (§ 264). Ces dernières vont nous occuper.

Ici encore nous retrouvons l'affinité et l'action combinée de trois notions de droit bien distinctes, la *mora,* la *mala fides* et la *lit. cont.;* aussi, non-seulement cette matière a été pour les auteurs modernes le sujet de nombreuses controverses, mais les sources du droit romain elles-mêmes nous offrent des divergences d'opinions et plus d'un témoignage douteux et équivoque. Je vais tâcher de résumer les règles qui résultent d'une étude impartiale des sources et du rapprochement des différents textes.

Mais avant d'exposer les règles du droit il est nécessaire de dire quelques mots sur la nature même de ces diminutions et sur les causes qu'elles peuvent avoir.

D'abord se présente la perte totale de la chose formant l'objet du litige, ainsi par exemple la mort d'un animal, ou, chez les Romains, d'un esclave, la consommation de la chose, ou sa transformation par suite d'un travail qui détruit sa première forme et son individualité. — Vient ensuite la perte partielle de la chose, quand, par exemple, des bâtiments situés sur un terrain litigieux s'écroulent ou sont incendiés; de même quand un animal est blessé ou mutilé.

On doit assimiler à la perte de la chose la

dépossession du défendeur, puisque alors il lui devient également impossible d'en opérer la restitution.

Ces diverses modifications tombent sous le témoignage des sens, car elles tiennent à l'état matériel de la chose ou au fait de la possession. On ne saurait douter qu'elles ne rentrent toutes dans la présente recherche.

Mais indépendamment de tout changement dans l'intégrité ou dans la possession de la chose, il y a des modifications invisibles et qui consistent dans la diminution de sa valeur vénale, et je citerai comme exemple la variation de prix des choses commerciales. Cette instabilité de la valeur vénale doit aussi être prise en considération quand la chose a péri ; car si une indemnité est due, il s'agit de savoir à quelle époque doit se rapporter l'estimation : je traiterai plus bas cette question, qui ne se confond nullement avec celle de savoir si, la chose conservant son intégrité, la seule diminution de la valeur vénale donne lieu à une indemnité. Mais ces deux questions sont liées trop étroitement l'une à l'autre pour que l'on puisse les étudier séparément. Je me bornerai donc, quant à présent, à exposer les conséquences des modifications dont le caractère est purement objectif et reconnaissable extérieurement.

Je commence par les règles qui sont le moins susceptibles de doute.

Lorsque postérieurement à la *lit. cont.* la perte de la chose litigieuse ou la dépossession du défendeur a pour cause le *dolus* ou la *culpa* de ce dernier, il doit l'indemnité, sans pouvoir alléguer sa bonne foi ou l'absence de la *mora*. C'est là une des conséquences les plus importantes de la *lit. cont.*, elle résulte de la nature obligatoire de la *lit. cont.*, qui astreint le défendeur à administrer la chose litigieuse avec le plus grand soin. — Voici des applications importantes de cette règle.

1) Action résultant de la propriété. Quand la perte de la chose litigieuse tient à une négligence ou à une omission (*a*).

De même lorsque le défendeur se laisse déposséder par négligence (*b*).

Notre règle reçoit une extension importante pour le cas du possesseur de mauvaise foi.

Celui-ci doit en outre une indemnité pour le *dolus* ou la *culpa* antérieure à la *lit. cont.* Tel est le sens véritable du texte suivant mal compris (*c*) :

« Si homo sit, qui post conventionem restituitur (*d*), si quidem a bonæ fidei possessore,

(*a*) L. 36, § 1; L. 33; L. 51, de rei vind. (VI, 1); L. 19, pr., de verb obl. (XLV, 1).

(*b*) L. 63; L. 36, § 1; L. 21; L. 17, § 1, de rei vind. (VI, 1); L. 21, § 3, de evict. (XXI, 5).

(*c*) L, 45, de rei vind. (VI, 1), tirée d'Ulpian, lib. LXVIII, ad Ed.

(*d*) Ici comme ailleurs *post conventionem* équivaut à *post*

puto cavendum esse de dolo solo debere : ceteros, etiam de culpa sua (*e*) : inter quos erit et bonæ fidei possessor post litem contestatam (*f*). »

Le possesseur de bonne foi, dit ici Ulpien, répond de son *dolus* et de sa *culpa* depuis la *lit. cont.*, le possesseur de mauvaise foi en répond même avant la *lit. cont.* Néanmoins le possesseur de bonne foi est également responsable de ses actes antérieurs à la *lit. cont.*, qui auraient le caractère du *dolus* (*g*). Cette rigueur déployée contre le possesseur de mauvaise foi pour le

litiscontestationem (§ 257, *u*). — La restitution mentionnée ici est celle qui dans les actions arbitraires se faisait à la réquisition du *judex*. Cette restitution n'est suffisante que si l'on donne au demandeur caution d'obtenir ainsi le résultat qu'il obtiendrait par le jugement; le contenu de cette caution témoigne donc du contenu du jugement (§ 260, Num. 1); et c'est effectivement ainsi que je l'ai représenté.

(*e*) D'après le contraste des expressions suivantes, il est évident que le possesseur de mauvaise foi répond de la *culpa avant* et *après* la *lit. cont.*

(*f*) C'est-à-dire pour les actes postérieurs à la *lit. cont.* et qui engagent sa responsabilité à titre de *dolus* ou de *culpa*.

(*g*) Il semble qu'il y ait contradiction entre le dol et la possession de bonne foi; mais voici comment on doit entendre la chose. Quand avant la *lit. cont.* le possesseur de bonne foi affranchit ou donne en gage l'esclave, cette acte n'a rien de répréhensible. Mais s'il dissimule ce même acte lors de la restitution (qui par là devient inefficace) il se rend coupable de *dolus;* et voilà pourquoi il doit fournir caution qu'un pareil acte n'est pas intervenu. — Wetzell Vindications Prozesz, p. 206-211, explique le texte d'une manière arbitraire et forcée; ainsi notamment il établit une différence imaginaire entre l'action résultant de la propriété et celle résultant de l'hérédité.

temps qui précède la *lit. cont.* semble se rattacher au *dolus prœteritus* introduit par le Sc. Juventianum, dont j'ai parlé plus haut (§ 266, *e*, *g*), quoiqu'elle aille au delà de cette expression.

2) Notre règle s'applique aussi aux actions personnelles, et nommément aux condictions, bien qu'au premier abord cela puisse sembler douteux. Ainsi le défendeur doit une indemnité toutes les fois que depuis la *lit. cont.* on peut attribuer à son *dolus* ou à sa *culpa* sa dépossession ou la perte de la chose litigieuse. Cela est compris dans la *omnis causa* dont la *lit. cont.* lui impose la prestation, et qui consiste à indemniser le demandeur de tous les préjudices que lui cause la durée du procès (*h*). Antérieurement à la *lit. cont.*, celui qu'une stipulation constitue débiteur doit seulement s'abstenir des actes positifs qui rendraient impossible l'execution de ses engagements (*i*).

(*h*) L. 31, pr., de reb. cred. (XII, 1) : « Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit : id est, omne quod habiturus esset actor si litis contestandæ tempore solutus fuisset. » — Pour l'action résultant de la propriété nous retrouvons également la *omnis causa* (L. 17, § 1, de rei vind, VI. 1) ; et de là il résulte que le défendeur doit indemnité pour toute perte de la chose résultant d'une *culpa*. L, 36, § 1. de rei vind. (VI, 1.)

(*i*) L. 81, pr., de verb obl. (XLV, 1).

§ CCLXXIII. *Effets de la* lit. cont. — II. *Etendue de la condamnation*. — b. *Diminutions* (Suite).

J'arrive à un point plus difficile et plus controversé que ceux traités jusqu'à présent. C'est le cas où la diminution, par exemple la perte de la chose ou la dépossession du défendeur arrivant sans *dolus* ni *calpa* de ce dernier, est purement fortuite.

On ne saurait douter que dans plusieurs cas de cette espèce le défendeur ne soit tenu à une indemnité, et cette obligation résulte spécialement pour les actions personnelles de la *mora*, et pour les actions *in rem* de la possession de mauvaise foi; mais on n'est nullement d'accord sur les détails et sur le rôle que joue ici la *lit. cont.*

Les divergences d'opinions entre les auteurs les plus modernes peuvent se résumer ainsi.

Les uns assimilent entièrement à la *mora* la possession de mauvaise foi depuis la *lit. cont.*, et ils disent que toutes deux obligent le défendeur à une indemnité, mais sous de certaines restrictions. Les autres prétendent, au contraire, que ces restrictions s'appliquent uniquement à la possession de mauvaise foi, et que l'obligation résultant de la *mora* est absolue (*a*).

(*a*) Buchka, Einflusz des Prozesses, p. 202, où il cite un grand nombre d'auteurs. Wächter, II. 3, p. 133.

Mais ce désaccord n'existe pas seulement chez les auteurs modernes. Les jurisconsultes romains et les diverses écoles sont également partagées d'opinion (*b*). Nous trouvons notamment deux opinions extrêmes : l'une qui soutient, l'autre qui nie absolument l'obligation de l'indemnité. Plus tard les grands jurisconsultes cherchèrent à concilier par l'équité ces deux opinions extrêmes.

Les restrictions dont je viens de parler portent sur deux points. On prétend que l'obligation de l'indemnité est subordonnée à ces deux conditions, que le demandeur aurait vendu la chose si elle n'avait pas péri, que la chose n'aurait pas péri si le demandeur en eût recouvré plus tôt la possession. Il y a des auteurs qui adoptent l'une ou l'autre de ces restrictions, il y en a qui les adoptent toutes deux. Enfin, pour l'une comme pour l'autre, il s'agit de savoir laquelle des parties doit fournir la preuve de ces faits. — J'abandonne pour l'instant ces diverses questions; j'y reviendrai à la fin de cette recherche.

I) Pour les actions personnelles la *mora* est la circonstance décisive, et voici sur ce point des dispositions expresses relatives aux actions suivantes.

A) Plusieurs textes décident formellement qu'à

(*b*) Keller, p. 170.

partir de la *mora*, c'est-à-dire souvent avant tout litige, le débiteur, en vertu d'une stipulation, doit indemniser le créancier si la chose due périt par cas fortuit (*c*). Cette règle est mise dans tout son jour par le contraste des effets attribués au contrat, antérieurement à la *mora*. Le débiteur ne doit d'indemnité que si la perte de la chose résulte de sa volonté ou de sa faute, mais non dans le cas d'une simple omission (*d*).

B) Indépendamment de la stipulation, ce principe absolu de l'idemnité s'applique à toutes les obligations qui engendrent une action avec *dare oportere*, c'est-à-dire une condiction (*e*). — C'est par application de cette règle que le voleur, dès la perpétration du vol, qui le constitue toujours en *mora*, répond de la perte de la chose survenue par cas fortuit, car le propriétaire a

(*c*) L. 82, § 1; L. 23. de verb. obl. (XLV, 1); L. 39, § 1, de leg. 1 (XXX). — Cette règle, quoique exprimée d'une manière moins directe, se retrouve aussi dans les L. 91, pr., de verb. obl. (XLV, 1); L. 5, § 4, de in litem jur. (XII, 3); L. 23, de pec const. (XIII, 5).

(*d*) L. 91, de pr., de verb. obl. (XLV, 1). Dans le cas même d'une aliénation calculée, la responsabilité, certainement encourue, peut demeurer sans effet si plus tard la chose vient à périr par cas fortuit, car l'aliénation n'établit aucune différence. L. 45, de verb. obl. (XLV, 1).

(*e*) L. 5, de reb. cred. (XII, 1). Ici, comme dans beaucoup d'autres textes, le *dare oportere* désigne la condiction et même l'espèce de condiction la plus rigoureuse, celle qui exclut la *incerti condictio* contenue dans le *dare facere oportere*.

contre lui la *condictio furtiva* en *dare oportere* (*f*).

C) Le vendeur répond également de la perte accidentelle de la chose vendue qu'il est en retard de livrer (*g*).

D) Enfin notre règle se trouve encore mentionnée au sujet des legs, lorsque l'héritier est en demeure de délivrer la chose au moment où elle périt par cas fortuit (*h*).

Je n'ai pas besoin de prouver que dans tous ces cas le débiteur est, à bien plus forte raison, tenu à une indemnité quand la perte de la chose litigieuse résulte de sa *culpa*, et non d'un accident.

Un des textes cités donne pour motif de cette obligation rigoureuse fondée sur la *mora*, que la *mora*, c'est-à-dire la violation du droit avec connaissance de cause, met le titulaire du droit dans l'impossibilité d'aliéner la chose et de se mettre ainsi à l'abri de toute perte (*i*).

Si maintenant cette obligation rigoureuse est une conséquence de la *mora*, on ne saurait douter qu'elle existe dans la plupart des cas qui nous

(*f*) L. 20; L. 8, § 1, de cond. furt. (XIII, 1); L. 9, C., de furtis (VI, 2).

(*g*) L. 4, 6, C., de peric. (IV, 48).

(*h*) L. 39, § 1; L. 47, § 6; L. 108, § 11, de leg. 1 (XXX); L. 23, de verb. obl. (XLV, 1).

(*i*) L. 47, § 6, de leg. 1 (XXX).

occupent quand, indépendamment de la *mora*, le procès en est venu à l'insinuation de la demande ou même à la *lit. cont.*; car précisément dans les cas où le litige porte sur une chose particulière déterminée, les seuls où l'on ait à s'occuper de la perte de la chose, il est bien difficile que la *mora* du débiteur ne précède pas le litige. Cela s'applique surtout à la stipulation dont la nature positive ne doit presque jamais laisser de doutes sur l'existence de la dette (*k*).

Cette remarque est importante pour l'interprétation de certains textes que l'on pourrait croire en contradiction avec notre règle. En effet, ces textes disent que la responsabilité de la perte accidentelle commence à partir de la *lit. cont.;* et ils s'expriment ainsi, notamment au sujet de la stipulation, du legs, du dépôt et de l'obligation qui résulte d'une *in jure confessio*(*l*).

On peut être tenté d'appliquer à ces textes l'argument *a contrario,* et d'entendre : à partir de *lit. cont.* seulement, et non à partir de la *mora.* Ces textes seraient alors en contradiction directe

(*k*) Cette observation confirme l'interprétation donnée plus haut (§ 264, *d*) de la L. 82, § 1, de verb. obl. (XLV, 1) : « Et hic moram videtur fecisse qui litigare *maluit* quam restituere, » d'après laquelle ce texte (relatif à la stipulation) désigne non pas un procès en général, mais un procès intenté capricieusement et par malice.

(*l*) L. 8, de re jud. (XLII, 1); L. 12, § 3, depos. (XVI, 3); L. 5 de confessis (XLII, 2).

avec les nombreux témoignages cités précédemment, et il faudrait y voir une controverse des anciens jurisconsultes admise par inadvertance dans le Digeste. — Mais cette interprétation doit être évidemment rejetée, car au sujet de la stipulation, le même Pomponius, représente la *mora*, et dans un autre texte la *lit. cont.* comme point de départ de cette obligation rigoureuse (*m*). Ainsi donc, pour concilier ces textes, en apparence contradictoires, il faut dire que l'obligation rigoureuse commence avec la *mora*, à son défaut avec le litige; et que, d'après les circonstances particulières de l'espèce, le juge peut quelquefois admettre la *lit. cont.* comme point de départ certain de la *mora* (§ 264, *g*). Peut-être aussi quelques-unes de ces décisions se rapportent à des procès réels, où la perte accidentelle de la chose était survenue depuis la *lit. cont.*, et où dès lors on n'avait aucun intérêt pratique à remonter à une époque antérieure, celle de la *mora*.

Nous voyons en outre que Sabinus et Cassius rejetaient comme inique cette responsabilité de la perte accidentelle imposée au défendeur (*n*).

(*m*) L. 5, de reb. cred. (XII, 1), et L. 12, § 3, depos. (XVI, 3), toutes deux empruntées à Pomponius, lib. XXII, ad Sabinum. Il ne peut donc être ici question de controverse.

(*n*) L. 14, § 1, depos. (XVI, 3) : « ... veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt : quia æquum esset naturalem interitum ad actorem pertinere : utique cum interitura esset ea res, et si

et ainsi ce texte figure au nombre de ceux cités plus haut et qui décident que l'indemnité est due pour la perte accidentelle survenue depuis la *lit. cont.* (*r*). Ulpien ajoute que ce principe s'applique également aux deux interdits *de vi* et *quod vi*.

Au reste, l'effet de la *lit. cont.*, ainsi compris, il est évident que dans ce cas de l'obligation rigoureuse du défendeur la *lit. cont.* comme telle, c'est-à-dire eu égard à sa force obligatoire, ne peut nullement être regardée comme une circonstance décisive.

II) Relativement aux actions *in rem*, nous trouvons les décisions suivantes sur l'indemnité due pour la perte accidentelle :

A) Action résultant de la propriété.

Plusieurs anciens jurisconsultes avaient prétendu que le défendeur ne devait jamais d'indemnité pour la perte accidentelle, même postérieure à la *lit. cont.* Voici comment Ulpien rectifie cette

jonction de restituer faite par le *judex*; autrement la peine du triple de la valeur eût été encourue pour cette désobéissance, et, comme dans le premier cas, elle eût absorbé la simple réparation du dommage.

(*r*) Peut-être l'analogie de l'action résultant de la propriété a-t-elle exercé ici son influence, car dans les trois actions personnelles ici nommées, le défendeur peut être considéré comme possesseur de mauvaise foi, et d'un autre côté l'action *quod metus* est *in rem scripta*. — Du reste, on ne saurait décider si la confusion que présente ce texte doit être imputée à son auteur, ou à la maladresse des compilateurs.

opinion extrême (*s*). Lorsque la perte survient depuis que le *judex*, ayant reconnu sommairement le droit du créancier, a ordonné la restitution en nature (et l'on a vu § 221 que cette ordonnance précédait le jugement proprement dit), le défendeur doit une indemnité, car le refus de restituer constitue une véritable *mora*, et dès lors les principes développés plus haut sur les effets de la *mora* trouvent leur application. Tel est le sens du passage suivant :

« Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse præstandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset (*t*), *mora passo*, debere præstari (*u*) :

(*s*) L. 15, § 3, de rei vind. (VI, 1).

(*t*) Je reviendrai plus bas sur ces mots.

(*u*) Dans ce texte et dans le texte suivant, on prend ordinairement le mot *mora* dans son sens général et comme désignant le retard inséparable du litige, c'est-à-dire la résolution, nullement blâmable en soi, que prend le défendeur de soutenir le procès, au lieu de satisfaire volontairement le demandeur. D'abord il est peu vraisemblable qu'une expression technique aussi précise et aussi importante se trouve employée dans un sens vague si différent de sa signification véritable et technique. Mais depuis que Gajus nous a fait connaître la nature des actions arbitraires, il est évident que *mora* désigne ici la désobéissance à la restitution enjointe par le *judex*, ce qui ailleurs est appelé *contumacia* ; L. 1 ; L. 2, § 1, de in litem jur. (XII, 3). Ce texte parle sans aucun doute d'un possesseur de bonne foi ; *mora* est pris d'ailleurs dans sa signification propre, et se rapporte à l'obligation résultant de la *lit. cont.* (§ 258, *v*). — Wetzell, Vindications Prozesz, p. 179-181, donne la bonne in-

nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus. »

Un autre passage du même texte (*v*) confirme cette décision :

« Idem Julianus eodem libro, scribit, *si moram fecerit* in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei judicatæ tempus spectandam esse (*w*). »

Indépendamment de cette *mora*, et même avant qu'elle existe, le défendeur répond de la perte accidentelle, s'il est possesseur de mauvaise foi, et si la perte est postérieure à la *lit. cont.* (*x*).

B) Pétition d'hérédité.

Anciennement les jurisconsultes déclaraient le défendeur responsable de toute perte accidentelle

terprétation de *mora;* mais quant au reste du texte son interprétation est fausse et forcée.

(*v*) L. 17, § 1, de rei vind. (VI, 1).

(*w*) Si ces fruits doivent être restitués, il est évident que le demandeur a droit avant tout à une indemnité pour la valeur de l'esclave lui-même.

(*x*) Cf. le texte suivant, c'est-à-dire la L. 40, pr., de her. pet. (V, 3), qui parle expressément de l'action resultant de la propriété. — Du reste, lorsque Paul dit dans la L. 16, pr., de rei vind. (VI) : « *non* enim post litem contestatam *utique et fatum possessor præstare debet* » : il ne se joint pas aux *plerique* cités et réfutés par Ulpien dans la L. 15, § 3, eod.; car il nie seulement l'obligation *absolue* de l'indemnité, et cette proposition négative peut se concilier également avec l'obligation nouvelle *résultant de la mora* (comme Ulpien la représente) et avec l'obligation spéciale du possesseur de mauvaise foi (comme Paul lui-même le reconnaît dans la L. 40, pr., de her. pet.)

survenue depuis la *lit. cont.* Ils y étaient conduits par les termes trop absolus du Sc. Juventianum. Paul corrige cette rigueur excessive par une distinction entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, et il impose à ce dernier seulement la responsabilité de la perte accidentelle. Puis il ajoute que l'on doit adopter pour la pétition d'hérédité les principes établis pour l'action résultant de la propriété. — Tel est le sens des mots suivants (*y*) :

« Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierent? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat : in bonæ fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter

(*y*) L. 40, pr., de her. pet. (V, 3). En prenant ce texte à la lettre, on pourrait l'entendre ainsi : pour l'action résultant de la propriété. Paul distingue effectivement entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi ; mais pour l'action résultant de l'hérédité, il applique ainsi au possesseur de bonne foi la prescription du sénatus-consulte (malgré sa dureté). Néanmoins Paul veut dire évidemment que la dureté contre le possesseur de bonne foi est dans les termes, non dans l'esprit du sénatus-consulte, et à cet égard il met les deux actions absolument sur la même ligne. La vérité de cette interprétation est prouvée par les derniers mots du texte, qui embrassent également les deux actions.

metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. »

On doit néanmoins sans aucun doute appliquer à la pétition d'hérédité la responsabilité absolue que nous avons établie tout à l'heure comme conséquence d'une espèce particulière de *mora* pour l'action résultant de la propriété. En effet, ces actions sont toutes deux *arbitrariæ*, toutes deux donnaient lieu à une instruction sommaire, après laquelle le *judex* ordonnait la restitution en nature, et la désobéissance à cet ordre devait entraîner des conséquences également rigoureuses.

D'après cet exposé, on voit que plus tard des tempéraments ont été apportés aux opinions extrêmes des anciens jurisconsultes, l'un introduit par Ulpien, l'autre par Paul.

Il résulte également de cet exposé, quant aux effets propres de la *lit. cont.*, que dans le cas de la *mora* spéciale (le refus de restituer) la *lit. cont.* en soi n'est pas une circonstance décisive; mais elle a une importance indirecte, car une fois accomplie, la désobéissance prend le caractère d'une véritable *mora*. Quand, au contraire, il y a possession de mauvaise foi, la *lit. cont.* devient une circonstance décisive en soi; ce cas est donc en général le seul où l'on puisse dire que la *lit. cont.* marque l'époque ou le défendeur commence à répondre de la perte accidentelle.

C) A ces actions *in rem* on peut encore ajouter l'*actio ad exhibendum,* qui à la vérité est une action personnelle, mais est en grande partie soumise aux mêmes règles que l'action résultant de la propriété. Ici encore on dit que le défendeur répond de la perte accidentelle, mais sans déterminer les limites de cette responsabilité (*z*).

Si maintenant on demande quelles sont parmi les règles exposées jusqu'ici celles encore applicables au droit actuel, la réponse ne saurait être douteuse. — L'obligation absolue du débiteur qui résulte de la *mora* doit être admise sans difficulté. comme aussi pour les actions *in rem* la responsabilité du possesseur de mauvaise foi à partir de la *lit. cont.;* mais il ne peut plus être question de l'espèce de *mora* particulière à l'action résultant de la propriété et à la pétition d'hérédité, car elle tient à la procédure spéciale des actions arbitraires en droit romain, procédure dont il n'existe maintenant aucune trace. Ainsi le cas où le droit romain attachait la responsabilité de la perte accidentelle à cette espèce de *mora*, c'est-à-dire au refus d'effectuer la restitution or-

(*z*) L. 12, § 4, ad exhib. (X, 4) : « *interdum...* damnandus est. » Cette expression indique sans rien préciser des conditions restrictives de la condamnation. Ces conditions sont sans doute les mêmes que pour l'action résultant de la propriété ; ainsi la possession de mauvaise foi du défendeur ou sa *mora*, c'est l'inexécution de l'exhibition ordonnée par le *judex*, car c'est là une action arbitraire.

donnée avant le jugement, ce cas ne peut plus se représenter aujourd'hui.

Le code prussien a adopté en cette matière les principes du droit romain. Il impose la responsabilité de la perte accidentelle non à tout défendeur en général, bien qu'à partir de l'insinuation il lui attribue une mauvaise foi fictive, mais seulement au possesseur de mauvaise foi proprement dit, celui qui connaît le vice de sa possession (*aa*). Le débiteur en retard de délivrer la chose due est soumis à la même obligation (*bb*) — Ainsi il y a entre les deux droits concordance parfaite, sauf la différence d'expressions, qui tient à la différence générale du point de vue adopté par le législateur moderne.

(*aa*) A. L. R. Th. 1, Tit. 7, § 241. Le possesseur de mauvaise foi *proprement dit* est ici opposé au possesseur non fondé en droit (§ 240), qui est traité plus favorablement. Si donc ce dernier, dont la conscience n'est pas tout à fait irréprochable, n'est pas soumis à cette obligation rigoureuse, on doit à plus forte raison en exempter celui dont la mauvaise foi n'est que fictive par suite de l'insinuation (§ 222), et dont la conscience peut être absolument irréprochable. Le mot *proprement dit* exprime aussi d'une manière indirecte un contraste avec le § 222. — Dans le paragraphe suivant je reviendrai sur la restriction qui se trouve à la fin du § 241.

(*bb*) A. L. R. Th. 1, Tit. 16, § 18.

§ CCLXXIV. *Effets de la* lit. cont. — II. *Étendue de la condamnation.* — b. *Diminutions* (Suite.)

J'arrive à la question posée plus haut (§ 275) touchant les prétendues restrictions de l'obligation rigoureuse d'indemniser imposée au défendeur.

1) La première de ces restrictions porte sur ce que le demandeur aurait vendu la chose litigieuse et se serait mis à l'abri de toute perte si cette chose lui eût été livrée en temps opportun. On ajoute naturellement que c'est au demandeur à prouver qu'il aurait effectué la vente.

Si nous examinons la question en général, et d'après la nature intime du rapport de droit, cette proposition nous semble difficile à admettre. Le débiteur qui est réellement en retard de livrer une chose commet sciemment une injustice, dont la conséquence est quelquefois de rendre la vente de la chose impossible au créancier (*a*). Si la chose périt par cas fortuit, le payement de sa valeur est la seule indemnité véritable et complète de ce préjudice. Ici la vente rendue impossible nous apparaît comme motif de cette obligation rigoureuse.

(*a*) Presque toujours impossible en fait, tant que le demandeur est privé de la possession (quelquefois même de celle qui doit lui conférer la propriété). Souvent aussi impossible en droit pendant la durée du litige à cause des prescriptions touchant le *litigiosum*.

La doctrine que je viens d'exposer transforme ce motif en une condition, de sorte que le demandeur n'a droit à l'indemnité que s'il prouve qu'il aurait usé de cette possibilité et qu'il aurait réellement vendu. Mais alors la règle se trouve entièrement annihilée. En effet le demandeur ne saurait prouver qu'il eût fait une chose, dans une supposition devenue impossible à réaliser, et ceux qui exigent cette preuve sont réduits à se contenter d'une certaine vraisemblance de fait qui n'est nullement une preuve (*b*). Cela est surtout évident dans le cas qui nous occupe, puisque le créancier le mieux disposé à vendre ne cherchera ni ne trouvera d'acquéreur tant qu'il n'aura pas la possession (et même dans le cas d'une action personnelle relative à la tradition), la propriété de la chose. D'après ces considérations générales, nous devons donc regarder l'empêchement de la vente comme le motif de la règle, et non comme la condition de son application.

Voyons maintenant comment le droit romain envisage la question.

A) Pour le cas de la *mora*, lorsque l'action est

(*b*) Sans doute il y a des cas où il est extrêmement probable que le demandeur aurait vendu, quand par exemple un marchand réclame des marchandises faisant l'objet de son commerce. Néanmoins reste toujours à savoir si avant la perte de la chose il eût trouvé des acheteurs au prix par lui demandé.

personnelle, les textes nombreux du droit romain sont la plupart muets sur ce point. Ils parlent de l'indemnité de la perte accidentelle comme d'une obligation absolue imposée au défendeur, sans jamais mentionner aucune exception, ni s'occuper de l'impossibilité de vendre où se trouve le demandeur.

Parmi ces textes nombreux, un seul, dont l'auteur est Ulpien, parle de la vente en ces termes (c) :

« Item si fundus chasmate periit, Labeo ait, utique æstimationem non deberi : quod ita verum est, si non post moram id evenerit : *potuit enim eum acceptum legatarius vendere.* »

Ici la chose nous apparaît précisément telle que je l'ai envisagée au point de vue de la théorie. A partir de la *mora* l'obligation d'indemniser est représentée comme absolue. Comme motif de l'obligation on donne la simple possibilité de la vente ; mais on ne fait pas de sa réalisation hypothétique une condition dont la preuve soit nécessaire pour établir l'obligation.

On pourrait encore alléguer ici le texte obscur déjà cité plus haut sur l'*actio quod metus causa*, où le même Ulpien, à propos d'une action personnelle, parle des effets de la *mora*, ou de la

(c) L. 47, § 6, de leg. (XXX), tirée de Ulpianus, lib. XXII ad Sabinum.

lit. cont., qui tient lieu de la *mora* (*d*); mais ce texte, vu l'ambiguïté de ses expressions, n'est nullement décisif. Il est ainsi conçu :

« Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, *qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.* »

Ici le mot *qui* peut avoir également le sens de *quia* ou de *si*, et se traduire : « parce qu'il l'aurait vendu, » ou bien : « s'il l'eût vendu. » Ce texte ne prouve donc rien, puisqu'on peut l'interpréter dans l'une comme dans l'autre opinion. Surtout il n'est pas favorable à la doctrine de la condition, car dans le texte cité tout à l'heure (L. 47, § 6, de leg.) le même Ulpien représente la vente comme motif et non comme condition ; on doit donc croire qu'il ne l'envisage pas autrement dans notre texte relatif au cas de la *mora* (ou *lit. cont.*), en matières d'actions personnelles.

B) Paul envisage absolument de la même manière l'obligation du possesseur de mauvaise foi depuis la *lit. cont.*, au sujet de la pétition d'hérédité ou de l'action qui résulte de la propriété (*e*) :

« Post acceptum judicium... damnari debebit secundum verba orationis, *quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea.* Et hoc jus-

(*d*) L. 14, § 11, quod metus (IV, 2) ; cf. § 273.
(*e*) L. 40, pr., de her. pet. (V, 3). Cf. § 273.

tum esse in specialibus petitionibus Proculo placet... In prædonis personna Proculus recte existimat. »

Ici encore la possibilité générale de la vente est représentée comme motif de l'obligation absolue, et l'on n'en fait pas une condition restrictive pour le cas d'une vente réelle.

C) Relativement aux actions *in rem*, où l'obligation rigoureuse du défendeur est fondée sur l'espèce de *mora* particulière à ces actions (le refus de restituer en nature), Ulpien s'exprime ainsi (*f*) :

« Sed est verius, *si forte distracturus erat petitor si accepisset*, moram passo debere præstari : nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus. »

Ici, à la vérité, nous trouvons une expression qui désigne un rapport conditionnel. Il serait difficile de la regarder comme en contradiction avec les textes cités précédemment, car un de ces textes est aussi d'Ulpien. D'un autre côté, admettre que la *mora* n'ait pas eu les mêmes effets relativement aux actions *in rem* que relativement aux obligations et au possesseur de mauvaise foi serait une supposition puérile et invraisemblable.

(*f*) L. 15 § 3, de rei vind. (VI, 1), tirée de Ulpianus, lib. XVI, ad Ed. Cf. § 273.

Voici une interprétation qui lèverait ces difficultés et servirait en même temps de moyen terme pour la controverse qui nous occupe : *Si forte distracturus erat* signifie littéralement : « si l'on reconnaît la possibilité que la vente eût eu lieu » (ainsi *forte* dans le sens de possiblement). Supposons maintenant le cas où le défendeur pourrait administrer la preuve que le demandeur n'aurait certainement pas vendu : cette preuve, d'ailleurs peu importante dans la pratique, à cause de son extrême rareté, exclurait la possibilité de la vente qui sert de base à l'obligation. On pourrait sans inconvénient appliquer cette restriction aux autres cas où la possibilité de la vente est exprimée comme motif et non comme condition.

Son extrême rareté expliquerait fort bien pourquoi nous ne la voyons pas mentionnée, et pourquoi tant de textes relatifs à la *mora* représentent comme absolue l'obligation imposée au débiteur de payer une indemnité en cas de perte accidentelle, sans paraître laisser de place pour aucune espèce d'exception. — Cette interprétation s'appliquerait également au texte obscur d'Ulpien sur l'*actio quod metus causa* (note *d*), et détruirait toute apparence de contradiction avec les autres textes. — Voici un exemple de la preuve, toujours très-rare, que peut fournir le défendeur. Un immeuble inféodé ou grevé d'un fidéicom-

mis, ou bien encore un *fundus dotalis* est revendiqué contre un possesseur de mauvaise foi. Le feu du ciel, c'est-à-dire un cas fortuit, détruit les bâtiments. Ici la possibilité de la vente est incompatible avec l'inaliénabilité de l'immeuble. Sans même que la chose soit inaliénable en droit, on peut encore prouver qu'en fait l'aliénation n'aurait pas eu lieu; si par exemple, pendant toute la durée de la *mora* ou de la possession de mauvaise foi du défendeur, le demandeur avait résidé dans un pays lointain, et n'avait laissé personne ayant qualité pour vendre en son nom.

Cette interprétation admise, voici comment se résumerait le principe de l'obligation rigoureuse. L'obligation serait absolue en ce sens que pour la faire valoir le demandeur n'aurait jamais besoin de preuves spéciales. Le fondement de l'obligation serait la possibilité enlevée au titulaire de vendre la chose litigieuse et de se mettre ainsi à l'abri de toute perte. En genéral, cette possibilité s'entend de soi-même; seulement dans les cas rares où le défendeur peut prouver qu'elle n'existe pas, l'obligation d'indemniser n'aurait plus de base.

II) La seconde restriction consiste à ne pas rendre le défendeur responsable de la perte accidentelle, lorsque la chose eût également péri entre les mains du demandeur, et à ne lui impo-

ser cette responsabilité que si la perte résulte de son injuste possession (*g*).

Examinons d'abord cette restriction en général et d'après la nature du rapport de droit qui nous occupe. Elle semble d'abord justifiée par cette circonstance, que dans le premier cas la privation de la possession ne cause définitivement pas de préjudice au demandeur, car la perte une fois consommée l'étendue de ses biens est absolument la même que s'il n'eût jamais été dépossédé.

Mais cette apparence disparaît si nous nous reportons au résultat de notre recherche sur la première restriction. En effet, lors même que la perte tient à une cause tellement générale, qu'elle eût dû toujours avoir lieu, on ne saurait nier que le demandeur pouvait vendre la chose avant l'événement, et se garantir ainsi de toute perte. Or, on a vu plus haut que l'obligation rigoureuse du défendeur est précisément fondée sur ce que le demandeur n'a pas la possibilité de vendre.

Voyons maintenant ce que nous trouvons dans

(*g*) Quand un immeuble est détruit par un tremblement de terre (note *c*) ou est incendié par le feu du ciel, ce sont là des événements qui seraient arrivés quel que fût le possesseur. Quand au contraire un meuble périt dans l'incendie de la maison du défendeur, cette perte de la chose litigieuse est causée par la possession du défendeur. — On peut sans doute concevoir plusieurs cas intermédiaires qui n'ont pas ici de solution.

les sources du droit romain sur cette seconde restriction.

Tous les textes clairs et décisifs que j'ai cités pour établir la règle rigoureuse sont muets sur ce point.

Ainsi, quand plusieurs textes décident d'une manière absolue qu'à partir de la *mora* le débiteur, en vertu d'une stipulation, répond de la perte accidentelle, on ne saurait sans contredire ouvertement ces textes admettre une restriction dont ils ne disent pas un mot ; il faudrait des témoignages clairs et non équivoques pour légitimer même un doute et nous faire chercher la solution de cette antinomie apparente. J'en dis autant de l'obligation rigoureuse du possesseur de mauvaise foi et de l'espèce de *mora* particulière aux actions *in rem*.

Voici maintenant à quoi se réduit tout ce que nous trouvons dans le droit romain sur cette prétendue restriction.

A) On a vu plus haut, relativement à l'*actio ad exhibendum*, que le défendeur est *quelquefois* responsable de la perte accidentelle postérieure à la *lit. cont.*, et par là il faut entendre que l'obligation rigoureuse est soumise aux mêmes conditions que celles établies pour l'action résultant de la propriété (§ 263, *z*). Paul ajoute à cette décision (*h*) :

(*h*) L. 12, ad exhib. (X, 4).

« *Tanto magis,* si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset. »

Ces mots ne font que confirmer le principe pour le cas ici désigné; mais ils n'impliquent nullement qu'il faille décider le contraire lorsque la perte n'est pas accidentelle. Ce texte ne met donc absolument aucune restriction à l'obligation rigoureuse.

B) Touchant l'*actio depositi,* Sabinus et Cassius prétendaient que le dépositaire ne répondait jamais de la perte accidentelle. Cette opinion, que Gajus rapporte comme un fait historique, sans l'approuver, a été également rejetée par les jurisconsultes des temps postérieures et par les rédacteurs du Digeste (§ 273, *n*). A la fin du texte qui exprime cette doctrine condamnée on lit (*i*) :

« Utique, cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. »

Ces mots sont susceptibles d'une double interprétation. Ils peuvent signifier : cette décision, d'ailleurs juste et vraie, est surtout évidente en ce cas. Mais ils peuvent aussi signifier : cette décision n'est rigoureusement vraie que dans ce cas, et dans d'autres cas elle est soumise à des exceptions. Ces mots, quelle que soit l'interpré-

(*i*) L. 12, § 4, depos. (XVI, 3).

tation qu'on leur donne, sont indifférents pour le droit justinien, puisqu'ils se rapportent à une ancienne opinion que ce droit condamne.

C) Reste, enfin, le texte très-obscur d'Ulpien sur l'*actio quod metus causa*, dont j'ai déjà parlé (*k*). Il y est dit que si la perte accidentelle survient pendant le litige, le défendeur doit une indemnité :

« Si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus » (*l*).

Il semble très-naturel d'appliquer ici l'argument *a contrario*, et de dire que le défendeur ne répond pas de la perte lorsqu'elle aurait toujours eu lieu, dans le cas, par exemple, où un esclave meurt de vieillesse; tel est en effet le seul argument spécieux en faveur de l'opinion que je combats. Voici néanmoins les raisons qui m'empêchent de voir dans la décision de ce texte une règle

(*k*) L. 14, § 11, quod metus (IV, 2). Cf. § 273.

(*l*) Voici toute la partie du texte relative au point qui nous occupe. Après avoir dit que si l'esclave s'est enfui sans la faute du défendeur, celui-ci doit seulement fournir caution de le représenter. Ulpien ajoute : « Sed et si non culpa *ejus cum quo agetur obierit*, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus. » Les mots imprimés en italique sont tirés de Haloander, et donnent le sens suivant : d'abord il avait été question de l'esclave *fugitif* (« Ergo si *in fuga sit* servus sine dolo malo et culpa ejus cum quo agetur, cavendum esse, » rel.) — Puis vient le contraste de l'esclave *décédé* (« sed et si... *obierit* »). — La leçon du manuscrit de Florence et de la Vulgate : « Sed et si non culpa *ab eo* cum quo agetur *aberit* » ne donne aucun sens raisonnable.

générale d'après laquelle il faudrait appliquer à toutes les actions cette restriction de la responsabilité du défendeur. Les textes les plus positifs et les moins équivoques sur l'obligation rigoureuse du défendeur, relatifs tant aux principaux contrats qu'à l'action de la propriété et à la pétition d'hérédité, nous représentent cette obligation comme absolue, et sont dès lors incompatibles avec cette restriction, il sagirait maintenant de l'introduire partout en vertu de notre texte, ce à quoi il n'est nullement approprié. J'ai déjà signalé la confusion qui y règne. Quant au passage cité ici, si l'on peut jusqu'à un certain point deviner à quel cas particulier, à quelle partie de la procédure il s'applique, on ne saurait là-dessus rien en conclure de positif. J'ajoute que le texte entier traite de l'*actio quod metus causa*, action peu importante dans l'ensemble général du droit. Une remarque isolée faite à un pareil sujet ne peut embrasser le cercle entier des actions. Lui attribuer cette influence serait violer les vrais principes sur l'établissement du droit d'après le témoignage des sources, et détruire toute proportion entre l'exégèse et les abstractions de la théorie.

Si maintenant on examine les rapports qui existent entre ces deux restrictions on obtient pour la pratique les resultats suivants :

1) Quand la cause de la perte est tellement liée

à la possession injuste du défendeur, que sans cette possession la perte même n'aurait pas eu lieu, l'obligation d'indemniser est absolue, et l'on n'a pas besoin de rechercher si le demandeur aurait pu vendre la chose (*m*).

2) Dans le cas contraire, l'indemnité est aussi due, mais uniquement parce que le demandeur aurait pu, en vendant en temps opportun, se garantir de toute perte. C'est pourquoi le défendeur n'est plus tenu d'indemniser s'il prouve que la vente n'aurait certainement pas eu lieu.

Si l'on rapproche ces deux propositions, ce que nous avons appelé la seconde restriction nous apparaît comme excepti n à la première restriction (désormais unique) de l'obligation rigoureuse du défendeur. Ces deux propositions peuvent se ramener à la formule suivante, dont la justesse et l'équité ne sauraient être méconnues :

La responsabilité de la perte accidentelle imposée au défendeur cesse dans le cas où le demandeur n'aurait pu éviter la perte lors même qu'il eût été en possession de la chose litigieuse.

Cette explication s'accorde avec le texte difficile d'Ulpien sur l'*actio quod metus causa*, en ce sens que les deux propositions sont également rapprochées dans ce texte. Je ne prétends point que l'on y trouve exprimé le même rapport lo-

(*m*) Voy. note *g* les exemples de ce cas et du suivant.

gique, mais je doute fort que l'on puisse jamais y trouver avec clarté et certitude un autre sens pratique pour ces deux propositions.

Voici comment le code prussien a réglé cette matière.

Il passe entièrement sous silence la possibilité de la vente par le demandeur comme moyen de se garantir de toute perte; mais il s'occupe du cas où la possession du propriétaire n'aurait pas empêché la perte accidentelle, et cette circonstance exclut l'indemnité. Un ancien projet imposait au demandeur l'obligation de prouver que la perte ne l'aurait pas atteint; plus tard cela à été modifié, et le défendeur doit établir le fait qui motive sa libération (*n*).

Il y a néanmoins une exception à cette exception, c'est-à-dire que l'obligation d'indemniser est absolue lorsque la possession injuste du défendeur résulte d'un acte punissable (*o*), ce qui comprend notamment le vol.

§ CCLXXV. *Effets de la* lit. cont. — II *Étendue de la condamnation.* — b. *Dimunitions. Epoque de l'estimation.*

Toutes les fois que le défendeur doit une in-

(*n*) A. L. R., Th. 1, Tit. 7, § 241. Cf. Simon Zeitschrift, vol. III, p. 328, 329.

(*o*) A. L. R., Th. 1, Tit. 7, § 242. Cf. Simon, p. 332, num. 12 (observation de Suarez).

demnité parce que la chose litigieuse a éprouvé une diminution (§ 272-274), il y a eu lieu à une évaluation en argent. Cette évaluation est nécessaire pour toute diminution objective, qu'il s'agisse d'une perte totale ou partielle, ou (ce qui équivaut à la perte) d'une dépossession. Indépendamment de la diminution objective, nous aurions aussi à nous occuper des variations de la valeur vénale (§ 272,) mais c'est une question que je traiterai plus bas. Maintenant je me borne au cas de la diminution objective, et je vais essayer de déterminer à quelle époque on doit placer l'évaluation de l'indemnité.

Cette question avait pour le droit romain intermédiaire beaucoup plus d'extension et d'importance que pour l'ancien droit et qu'elle n'en a pour le droit justinien et pour le droit actuel. En effet, du temps de la procédure par formules, toutes les condamnations devant se ramener à une somme d'argent (*a*), il fallait toujours une évaluation en argent, lors même que l'objet primitif du litige n'avait souffert aucune diminution En droit justinien et en droit actuel, comme dans l'ancien droit, l'évaluation n'est nécessaire que s'il y a diminution, autrement la sentence du juge porte directement sur l'objet primitif.

Je vais d'abord donner un résumé des règles

(*a*) Gajus, IV, § 48.

établies sur l'époque de l'estimation : cela nous rendra plus facile la solution des graves difficultés que soulèvent les décisions des sources du droit.

En principe, on distingue les actions rigoureuses des actions libres. Pour les actions rigoureuses on estime la valeur de la chose à l'époque de la *lit. cont.*; pour les actions libres, à l'époque du jugement.

Cette règle souffre deux exceptions. Quand le contrat fixe une époque pour l'exécution de l'obligation, c'est à cette époque que doit se rapporter l'estimation. — La *mora* du débiteur donne au créancier le droit de placer l'estimation aux époques déterminées ci-dessus ou bien au commencement de la *mora,* et naturellement il choisit l'époque qui lui offre le plus d'avantages. Dans un cas spécial, celui du vol, le débiteur est traité encore plus rigoureusement.

Néanmoins ces règles ne s'appliquent qu'aux actions personnelles résultant d'actes juridiques (les contrats et les quasi-contrats) et aux actions *in rem;* relativement aux actions personnelles résultant de délits, il existe d'autres règles, et alors on a surtout égard pour l'estimation à l'époque où le délit a été commis.

Je vais maintenant développer chacun de ces différents points et les confirmer par le témoignage des sources.

Je commence par la distinction des actions rigoureuses et des actions libres. Nous avons là-dessus dans le texte suivant d'Ulpien (*b*) une déclaration de principe formulée avec une précision dont nous trouvons ailleurs peu d'exemples, car ordinairement nous devons tirer par abstraction les règles générales de décisions particulières :

« In hac actione, *sicut in ceteris bonæ fidei judicii*, similiter in litem jurabitur : *et rei judicandæ* (*c*) *tempus* quanti res sit, observatur : quamvis *in stricti juris judiciis* (*d*) *litis contestatæ tempus spectetur*. »

Avant de citer d'autres témoignages je vais présenter quelques observations sur ce texte capital.

a) La règle posée pour les *bonæ fidei judicia* est évidemment ici considérée comme un développement équitable du droit nouveau. On aurait donc grand tort d'y voir un privilége spécial aux actions dites *bonæ fidei*, car ce texte embrasse aussi sans aucun doute les actions *in rem*, les ac-

(*b*) L. 3, § 2, commod. (XIII, 6), tirée de Ulpianus, lib. XXVIII, ad Ed. Le texte parle d'abord du commodat, puis il y rattache un principe général.

(*c*) On lit dans la Vulgate *judicatæ*; les deux leçons sont également admissibles.

(*d*) Sur cette leçon voy. Vol. V, p. 464. Cette leçon est celle de la Vulgate. Le manuscrit de Florence porte : *in stricti* avec une ellipse, un peu forte, des mots : *juris judiciis*. Dans l'une et l'autre leçon le sens reste le même.

tions prétoriennes, les actions personnelles, les actions extraordinaires, enfin les actions libres en général. La chose est surtout évidente pour les actions libres, qui sont en même temps *arbitrariæ* à cause de l'exécution volontaire ordonnée avant le jugement; une estimation postérieure à la *lit. cont.* serait en contradiction directe avec ce préliminaire.

b) L'institution de la *lit. cont.* a en général pour but de procurer un avantage au demandeur (§ 260, n° II) : voyons comment notre règle s'accorde avec ce but, ou par quel motif on s'en est écarté.

Supposons le cas d'une action rigoureuse et depuis la *lit. cont.* une baisse constante de prix, le but se trouve alors directement atteint; car le demandeur reçoit le prix plus élevé qu'il pouvait obtenir lors de la *lit. cont.*, et il est ainsi garanti contre la perte que lui eût occasionnée la durée du litige. Supposons, au contraire, une hausse de prix; le demandeur perd alors le bénéfice qu'aurait pu lui procurer cette hausse : mais, en général, on cherche moins à lui procurer un bénéfice qu'à le garantir du dommage qu'il éprouverait dans la première hypothèse.

Dans le cas d'une action libre et d'une baisse de prix, le demandeur n'est point protégé contre la perte résultant de la durée du litige. Ici l'on

abandonne le principe des actions rigoureuses et ses conséquences; mais cette déviation peut s'expliquer en disant qu'on ne doit pas aggraver par une sorte de menace la position du défendeur qui soutient de bonne foi le droit qu'il croit avoir (*e*). Cette considération est confirmée par le principe des Sabiniens : *omnia judicia esse absolutoria* (*f*), c'est-à-dire que pendant toute la durée du litige la restitution faite volontairement libère le défendeur. C'était en quelque sorte offrir une récompense à l'exécution volontaire, provoquée d'ailleurs par la procédure spéciale des actions arbitraires (*g*).

Nous trouvons donc ici un conflit entre deux buts et deux principes opposés menant à des conséquences contraires. Le développement progressif du droit donne la prédominance au principe des actions libres. — C'est évidemment le seul que reconnaisse le droit actuel.

c) Malgré la différence qui existe entre les règles relatives aux deux espèces d'action, ces

(*e*) L. 40. pr., de her. pet. (V, 3) : « Nec enim debet possessor... indefensum jus suum relinquere. » (Voy. § 273, *y*.) La baisse du prix est analogue à la perte accidentelle de la chose.

(*f*) Gajus, IV, § 114.

(*g*) Quand la chose litigieuse existait, le défendeur, même dans les actions rigoureuses, pouvait toujours, par l'application de ce principe, se libérer de toute perte. La perte n'était donc encourue que si le défendeur refusait obstinément la restitution, ou si la chose avait péri.

règles contrastent avec une autre prescription également possible dont elles expriment la négation.

Cette prescription consisterait à placer l'estimation à l'époque où l'obligation prend naissance (*h*). Voici donc l'enchaînement des idées ; l'estimation ne se place point à l'époque où l'obligation prend naissance, mais — à l'époque du litige, néanmoins avec cette distinction secondaire, que pour les actions rigoureuses on se reporte à la *lit. cont.*, pour les actions libres à la date du jugement. On dit pour justifier cette pensée, qu'il peut être indifférent ou même avantageux au créancier de différer pendant un temps l'exécution de l'obligation ; d'ailleurs il est toujours libre d'intenter son action, et de fixer ainsi, entre autres choses, l'époque de l'estimation.

d) Cette dernière remarque a de l'importance, car elle nous donne l'explication naturelle et le motif des deux exceptions dont j'ai parlé plus haut. En effet, lorsque le contrat fixe l'époque de l'exécution, par là se trouve déterminée l'époque à laquelle le créancier compte sur cette exécution et y est intéressé, et par là aussi se trouve exclue l'indétermination de sa volonté. Le même raisonnement s'applique à la *mora*, car

(*h*) C'est ce qui a lieu dans les actions résultant de délits, comme je le montrerai plus bas. Ici je ne parle que des actions personnelles resultant d'actes juridiques et des actions *in rem*.

lorsque le créancier même par une sommation extra-judiciaire réclame l'exécution du contrat, il fixe implicitement l'époque de l'estimation; autrement le débiteur tirerait avantage de son injuste refus.

e) Ces diverses règles de droit ont leur traduction dans les formules du droit romain, comme nous pouvons l'établir directement ou le conjecturer avec beaucoup de vraissemblance. La partie de la formule où le préteur devait indiquer l'époque de l'estimation est sans contredit la *condemnatio*, et cette indication devait être rédigée différemment, selon que l'estimation se rapportait au passé (la date de l'obligation), ou au présent (le moment de la *lit. cont.*), ou à l'avenir (l'époque du jugement). Pour ces diverses hypothèses se présentent les expressions suivantes :

Quanti res *fuit*,
Quanti res *est*, } condemna.
Quanti res *erit*

La première de ces expressions est effectivement appliquée à une action résultant d'un délit, l'*actio legis Aquiliæ*, où l'estimation se place à l'époque du délit, néanmoins avec une certaine extension préjudiciable au débiteur, et infligée comme peine (*i*)

(*i*) L. 2, pr., ad L. Aqu. (IX, 2) : « quanti id in eo anno plurimi *fuit*, tantum æs domino dare damnas esto. » —

Nous trouvons la troisième de ces expressions appliquée aux actions libres et indépendamment de notre règle, nous savons que pour ces actions l'estimation se rapporte à l'époque du jugement (*k*).

D'après l'analogie de ces témoignages certains, on ne serait douter que l'expression intermédiaire (quanti res est) ne s'appliquât aux actions rigoureuses, car pour ces actions notre règle, qui n'est pas équivoque, rapporte l'estimation au moment de la *lit. cont.*, et pour le préteur, rédacteur de la formule, c'était le temps présent. Je ne puis, il est vrai, citer aucun témoignage direct à l'appui de cette dernière assertion ; mais cela tient à la rareté des textes où des formules réelles nous aient été conservées. Toute autre expression est en quelque sorte impossible, car on n'en saurait

L. 27, § 5, eod. : « quanti ea res *fuit* in diebus trigenta proximis, tantum æs domino dare damnas esto. » Il s'agit dans les deux cas du temps *antérieur* au délit. — Dans le second texte cité, le manuscrit de Florence et la Vulgate portent, il est vrai, *erit* au lieu de *fuit*. Haloander seul donne *fuit*. Mais cette leçon est évidemment la bonne, comme le prouve le commentaire d'Ulpien sur ces mots de la loi, qui suit immédiatement : « hæc verba : quanti in trigentia diebus proximis *fuit*, » rel. L. 29, § 7; eod. comme le texte précédent, emprunté à Ulpianus, lib. XVIII, ad Ed.).

(*k*) Gajus, IV, § 47, au sujet de l'actio depositi in factum concepta : « quanti ea res *erit*, tantam pecuniam.... condemnato. » — Gajus, IV, § 51, au sujet de l'action résultant de la propriété et de l'actio ad exhibendum : « quanti ea res *erit*, tantam pecuniam... condemna. »

trouver qui ne contredise les prescriptions certaines de notre règle.

Je vais citer encore quelques textes où des applications particulières viennent confirmer la règle posée par Ulpien sur l'époque de l'estimation. — On y verra aussi des témoignages à l'appui de la première exception (le cas où il y a une époque assignée à l'exécution), car dans plusieurs textes la règle et cette première exception sont effectivement réunies :

1) Relativement à une stipulation sur une chose déterminée, Africain pose la règle dans les termes suivants (*l*) :

« Aliter in stipulatione servatur : nam tunc id tempus spectatur quo agitur. »

2) Au sujet d'une stipulation portant sur du vin et d'autres quantités, Gajus établit la règle et la première exception, puis il ajoute que ce principe s'applique également à toutes les autres choses (*m*) :

« Si merx aliqua, quæ *certo die* dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumetum, tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset *eo die quo dari debuit* : *si de die nihil convenit quanti tunc cum judicium acciperetur*... Quod et de ceteris rebus juris est. »

(*l*) L. 37, mandati (XVIII, 1).
(*m*) L. 4. de cond. tritic. (XII, 3).

3) Au sujet d'un prêt de vin, Julien pose aussi la règle et l'exception, avec négation formelle de l'époque du contrat et de celle du jugement (*n*) :

« Vinum quod mutuum datum erat, per judicem petitum est ; quæsitum est cujus temporis æstimatio fieret : utrum cum *datum* esset, an cum *litem contestatus* fuisset, an cum *res judicaretur*? Sabinus respondit : *Si dictum esset quod tempore redderetur, quanti tunc fuisset : si non quanti tunc cum petitum esset.* »

4) L'exception seule reconnue par Julien et Celsus (*o*), à propos d'une stipulation *in diem* ou *sub conditione*.

Après avoir établi la règle et la première exception (le cas où l'époque de l'exécution est déterminée par le contrat), je passe à la seconde exception, celle relative à la *mora* du débiteur (*p*) Tout le monde s'accorde à reconnaître que la règle souffre une exception destinée à aggraver la po-

(*n*) L. 22, de reb. cred. (XII, 1). La petite lacune du manuscrit de Florence ne peut faire aucun doute.

(*o*) L. 59 de verb. obl. (XLV, 1); L. 11, de re jud. (XLII, 1).

(*p*) Je ne parle ici que la *mora* du débiteur, la seule qui ait de l'importance pratique. Relativement à celle du créancier (à retirer la chose), nous trouvons la même exception que pour le débiteur, c'est-à-dire que sa *mora* ne doit point lui procurer d'avantages, et que son adversaire peut choisir entre les deux époques de l'appréciation. Seulement, les textes sont sur ce point moins clairs et moins décisifs. L. 37, mand. (XVII, 1); L. 3, § 4, de act. emt. (XIX, 1).

sition du débiteur en permettant au créancier de choisir entre différentes époques d'estimation celle qui lui est la plus avantageuse. Quelles sont maintenant les époques entre lesquelles peut choisir le créancier? Là dessus les opinions sont partagées. — Les uns disent que le créancier peut choisir entre l'époque de la *mora* et celle établie par la règle générale quand la *mora* n'existe pas. Dans le cas seulement où la *condictio furtiva* s'exerce contre un voleur, l'exception est modifiée en ce sens, que celui-ci doit rendre la plus grande valeur que la chose ait eue, non-seulement à l'une ou l'autre de ces époques, mais pendant tout le temps intermédiaire (*q*). — Les autres pensent que cette rigueur déployée contre le vol s'applique en général à la *mora*, de sorte que la *mora* oblige toujours le débiteur à payer la plus grande valeur que la chose ait eue pendant tout le temps intermédiaire (*r*).

J'adopte la première opinion, qui établit une distinction entre le voleur et les autres débiteurs,

(*q*) Donnelli Comm. in var. tit. Dig. Antverp, 1585, f. Lib. 12, T. 1; L. 22, N. 26, p. 157. — Schulting theses contr. Th. 37, N. 8 (Comment. ac. T. 3, p. 118). — Madai, Mora § 48, qui distingue aussi entre le voleur et les autres débiteurs, mais qui, du reste, est tombé dans plus d'une erreur.

(*r*) Huber, prælect. Pand. XIII, 3, § 7-11. — Glück, vol. XIII, § 844. — Thibaut, § 99, huitième éd., 8, et Braun zu Thibaut, § 103. — Puchta Pandekten, § 268, note *f*. — Buchka, Einflusz des Prozesses, p. 187-198.

et je l'établis d'après le témoignages suivants :

I) Voici d'abord les textes relatifs de la *mora* en général.

1) L. 3, § 3, de act. emti (XIX, 1) :

« Si pervenditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, *utro tempore* pluris vinum fuit, *vel* quo venit (*s*), *vel* quo lis in condemnationem deducitur (*t*) : item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur. »

Ce texte évidemment parle seulement de deux époques, et non des changements survenus dans l'intervalle. Cela est en outre confirmé par l'assimilation complète établie entre le temps et le lieu, car l'acheteur n'a certainement à choisir qu'entre deux lieux déterminés, et non pas entre tous les lieux intermédiaires.

2) L. 21, § 3 de act. emti (XIX, 1) :

(*s*) Ici l'on suppose que la livraison a été demandée immédiatement, et qu'ainsi il y a coïncidence entre l'époque du contrat et la *mora*. Autrement, cette dernière circonstance serait indifférente, et telle n'est certainement pas la pensée de Pomponius, puisque au commencement du texte il présente la *mora* comme condition des décisions subséquentes.

(*t*) *Lis* in condemnationem deducitur, signifie : le litige est parvenu au terme de la condamnation; c'est une circonlocution qui désigne l'époque du jugement. — *Res* in judicium, ou bien encore, in intentionem condemnationemve deducitur (L. 2, pr. de exc.) signifie : le rapport de droit est soumis à l'autorité judiciaire, est devenu la matière d'un procès; c'est une circonlocution de la *lit. cont.*

« Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat... nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat si vinum *hodie pluris sit* merito : quia sive datum esset, haberem emptor, sive non : quoniam saltem *hodie dandum est* quod jam olim dari oportuit. »

Ce texte ne parle pas non plus des variations de prix survenues dans le temps intermédiaire. Il compare seulement le prix établi lors de la *mora* avec celui établi *hodie*, c'est-à-dire à l'époque du jugement, dont notre texte a pour objet de déterminer les bases.

3 L. 37, mandati (XVII, 1) :

« Aliter in stipulatione servatur : nam tunc id tempus spectatur quo agitur : nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua, die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet : etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

On voit ici que l'exception a pour but d'empêcher le débiteur de tirer avantage de son injuste délai, et ce but est complétement atteint en laissant au créancier le choix entre les deux époques spécifiées par le texte.

4) L. 3, de cond. tritic. (XIII, 3) (*u*).

II) La *mora* du voleur est traitée dans le texte suivant (*v*) :

(*u*) J'expliquerai ce texte important, § 176, et j'en ferai l'application à l'objet qui nous occupe.

(*v*) L. 8, § 1, de cond. furt. (XIII, 1) d'Ulpien. — Il en

« Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis æstimatio fiat quæritur. Placet tamen, *id tempus spectandum quo res unquam plurimi fuit :* maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur : *semper enim moram fur facere videtur.* »

A ces différents textes j'ajoute encore une considération générale. Ceux qui veulent étendre à tous les cas de la *mora* la disposition rigoureuse dirigée contre le voleur, partent de cette supposition, que si le demandeur avait reçu immédiatement la chose, il aurait choisi pour la vendre le moment où dans l'intervalle elle a atteint sa plus

est de même pour l'*actio rerum amotarum,* d'après le texte suivant, qui confirme le princpe ici établi,. L. 29, rer. amot. (XXV, 2), de Tryphonius : « Rerum amotarum æstimatio ad tempus quo amotæ sunt referri debet : nam veritatæ furtum fit, etsi lenius coercetur mulier... sed si pluris factæ (res) non restituuntur, quæ amotæ sunt, *crescit æstimatio ut in condictione furtivæ rei.* » Voici un autre texte d'Ulpien (L. 2, § 3, de priv. del. XLVII, 1). qui offre des difficultés. Ulpien dit, en citant Pomponius, que la *cond. furt.* n'exclut pas l'*a. L. Aquiliæ* relativement au même objet : « namque Aquilia eam æstimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit : condictio autem ex causa furtiva *non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.* » Nier l'imputation rétroactive n'a point d'importance, mais placer l'estimation à l'époque de la *lit. cont.* (non à l'époque du délit), contredit formellement tous les autres textes, tant sur la condiction que sur la *furti actio.* Cette décision fait probablement partie de l'opinion de Pomponius qu'Ulpien transcrit sans l'approuver directement. Il y avait sans doute controverse sur ce point, comme semble l'indiquer le mot *placet* dans la L. 8, § 1, de cond furt.

grande valeur, et c'est effectivement la base que donnent à leur doctrine plusieurs auteurs modernes. Mais la supposition que le débiteur aurait réellement profité de cet avantage est très-arbitraire et très-peu vraisemblable, infiniment moins vraisemblable que la supposition de la vente en général, dont j'ai parlé plus haut (p. 182-189). Les droits du demandeur sont pleinement garantis par le choix entre deux époques, surtout à cause de la faculté qu'il a d'exercer son action au moment qu'il juge le plus avantageux.

La distinction que j'établis entre le voleur et les autres débiteurs repose sur le motif suivant, puisé dans la nature des choses. Le voleur est considéré comme renouvelant à chaque instant son vol. Cela ne veut pas dire qu'on puisse multiplier indéfiniment les actions, et présenter ainsi des réclamations illimitées, ce qui serait absurbe. Mais cela signifie qu'à chaque instant le voleur commet non pas un nouveau vol, mais le même vol; c'est pourquoi le propriétaire volé est en droit de placer la perpétration du délit à l'époque qui lui est la plus avantageuse. Tel est le véritable sens de la citation qui précède : *semper enim moram fur facere videtur*. Ces mots désignent une obligation spéciale du voleur; on ne doit donc pas les appliquer à la continuité et aux effets généraux de la *mora*, qui sont les mêmes pour toute espèce de débiteurs. L'interprétation donnée à ce pas-

sage est mise hors de doute par un texte dont je parlerai tout à l'heure, relatif à l'action résultant du vol (l'*actio furti*). — Un motif purement pratique de cette sévérité est qu'ordinairement le voleur reste longtemps inconnu, et ainsi le propriétaire volé n'a pas la faculté d'exercer ses poursuites comme dans les actions ordinaires. Le même motif a fait établir qu'en pareil cas il n'est pas besoin de sommations pour contituer la *mora*.

Jusqu'ici je me suis uniquement occupé des actions personnelles résultant d'actes juridiques et des actions *in rem*. Il me reste à parler en quelques mots des actions fondées sur des delits. Pour fixer l'époque de l'estimation on ne prend plus ici le litige comme point de départ, mais bien le délit, sauf quelques modifications au préjudice du débiteur ; nous trouvons en cette matière les témoignages suivants :

A) *Actio L. Aquiliæ*. L'époque de l'estimation est celle où a été commis le fait qui motive l'action, et de plus elle est réglée d'après la plus grande valeur de la chose dans un temps antérieur déterminé (*w*).

B) *Actio furti*. On prend également pour base de l'estimation l'époque du délit (*x*). Mais si à une époque postérieure la chose avait une valeur plus grande, c'est d'après cette valeur que l'on

(*w*) L. 21, § 1, ad L. Aquil. (IX, 2).
(*x*) L. 9, de in litem jur. (XII, 3).

se règle, car aussi à cette époque le vol a été réellement commis (*y*) :

« ... Idemque etsi nunc deterior sit, æstimatione relata in id tempus quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum, quanti tunc quum pretiosior facta sit, fuerit, æstimabitur : *quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.* »

Ces derniers mots confirment pleinement ce que j'ai dit plus haut sur la *mora* dans le cas de la *condictio furtiva*.

Si maintenant on demande quelles sont parmi ces règles sur l'époque de l'estimation celles encore applicables au droit actuel, la réponse n'est nullement douteuse. Deux de ces règles ont perdu pour nous leur valeur pratique, celle relative aux actions rigoureuses, qui n'existent plus aujourd'hui, et celle relative aux actions fondées sur des délits ; car nous n'avons plus cette espèce d'actions. Tout le reste, c'est-à-dire la plus grande partie des règles exposées précédemment sur l'époque de l'estimation, est tout aussi applicable en droit actuel qu'il l'était en droit romain.

(*y*) L. 50, pr. de furtis (XLVII, 2).

§ CCLXXVI. *Effets de la* lit. cont. — II. *Étendue de la condamnation.* — b. *Dominutions. Époque de l'estimation. L.* 3 *de cond. tritic.*

Dans la recherche précédente sur l'époque de l'estimation (§ 275), nous avons vu des questions particulières controversées ; mais les points principaux nous semblaient solidement établis, et surtout la règle générale qui fixe comme époque de l'estimation pour les actions rigoureuses la *lit. cont.*, pour les actions libres le jugement. Nous avions trouvé cette règle capitale exprimée en des termes si clairs et si précis (§ 275, *b*), qu'elle ne paraissait pas susceptible du moindre doute.

Mais cette certitude, où nous nous reposions avec sécurité, se trouve fortement ébranlée par un texte d'Ulpien, qui semble contredire directement la partie de la règle relative aux actions rigoureuses, celle où le doute était le moins présumable. Voici comment commence ce texte (*a*) :

« In hac actione si quæratur res quæ petita est cujus temporis æstimationem recipiat, verius est quod Servius ait, *condemnationis* tempus spectandum. »

L'action dont il s'agit ici est la *condictio triti-*

(*a*) L. 3, de cond. trit. (XIII, 3), tirée d'Ulpianus, lib. XXVII, ad Ed.

caria, c'est-à-dire une action rigoureuse par laquelle on réclame autre chose qu'une somme d'argent déterminée (*b*); sans doute l'on suppose ici une stipulation servant de base à l'action. — La preuve qu'il s'agit réellement de cette action résulte non-seulement de la place que ce texte occupe dans le Digeste, car on pourrait admettre une inadvertance des compilateurs, mais de ce qu'un autre texte, emprunté au même ouvrage d'Ulpien, traite immédiatement avant et avec détails de la *condictio triticaria* (notes *a*, *b*).

Maintenant Ulpien nous dit touchant cette condiction que l'estimation doit se rapporter à l'époque de la condamnation, c'est-à-dire du jugement, et non, comme nous devions le supposer, à l'époque de la *lit. cont.*

De tout temps l'on s'est efforcé d'écarter cette contradiction formelle et imprévue, et l'on a proposé diverses explications; mais la plupart si arbitraires et si mal fondées, qu'on ne s'explique guère comment on a pu s'en contenter.

On a dit que la *condictio triticaria* n'était pas *stricti juris*, mais *bonæ fidei*, et qu'elle appartenait au *jus gentium* (*c*), assertion insoutenable, même avant la découverte de Gajus.

(*b*) L. 1, pr., de cond. trit. (XIII. 3), tirée du même livre d'Ulpien ad. Ed. que la L. 3, cit. — Cf. vol. V, p. 600-602.

(*c*) Cocceji jus controv. XIII, 3, qu. 2, avec l'observation de Emminghaus. Là sont discutées les opinions les plus singulières et les moins fondées sur la classification des actions.

D'autres ont dit que les différentes époques d'estimation se réglaient, non d'après la distinction des actions rigoureuses et des actions libres, mais d'après l'objet de l'obligation ; que les quantités s'estimaient à l'époque de la *lit. cont.*, les choses indivduelles à l'époque du jugement (*d*). Mais ces auteurs, par un procédé arbitraire, relèguent sur l'arrière-plan le texte capital d'Ulpien (§ 275, *b*), où la règle générale est posée en des termes si clairs et si formels, et surtout ils ne tiennent pas compte du texte de Gajus (§ 273, *m*), qui, en parlant de la condiction des quantités, place l'estimation à l'époque de la *lit. cont.*, et puis ajoute ces mots décisifs : *quod et de ceteris rebus juris est* (*e*).

D'autres ont placé dans la première partie du

(*d*) Cette opinion difficile à comprendre se trouve dans Donellus, qui a longuemernt examiné ce texte dans plusieurs de ses ouvrages. Donnelli Comm. in var. tit. Dig.; Antverp. 1582, f. et Lib. 12, T. 1 ; L. 22. N. 5, 19, 21-26, et Lib. 13, T. 3; L. 3, N. 12, 13, 25. Je signalerai tout à l'heure une particularité bien remarquable que présente le premier de ces textes.

(*e*) Les tentatives faites pour expliquer ce texte nous prouvent qu'en droit romain, pour réussir dans une recherche, il faut d'abord découvrir les textes décisifs, les poser comme base invariable, puis discuter avec une entière impartialité. La plupart des auteurs, au contraire, dans les cas difficiles comme celui qui nous occupe, commencent par établir des théories auxquelles ils ajustent ensuite tant bien que mal les témoignages des sources.

texte l'existence de la *mora*, qui ne figure évidemment que dans la seconde partie, et mène à des règles toutes différentes; transposition qui bouleverse entièrement l'ordre et la suite des idées (*f*).

On a proposé récemment, pour résoudre la difficulté, de corriger le texte (*g*), et de lire *contestationis* au lieu de *condemnationis*, ce qui serait simplement la confirmation de la règle générale. Mais d'abord comment expliquer que cette substitution ait eu lieu dans tous les manuscrits sans exception, et qu'on n'y trouve pas la moindre trace d'une variante? C'est là une objection que n'affaiblit nullement le petit nombre de lettres à changer. Ensuite on ne trouve nulle part employé dans ce sens le mot de *contestatio* seul et sans l'addition de *litis judicii* (§ 257, *j*).

On pourrait encore chercher à expliquer la contradiction apparente ou réelle, en admettant une controverse entre les jurisconsultes, ou un changement de l'ancien droit par le droit nouveau. Mais on doit abandonner entièrement une semblable tentative quand on réfléchit que les deux textes principaux qu'il s'agit de concilier étaient placés à peu de distance l'un de l'autre

(*f*) Cujacius, in L. 59, de verb. obl. — Glück, vol. XIII, § 844, p. 271-300. — Liebe, Stipulation, p. 54-55,

(*g*) Huschke, dans la Zeitschrift de Linde, vol. XX, p. 267.

dans un seul et même ouvrage dont l'auteur est Ulpien (*h*).

L'importance comme aussi la difficulté de notre texte consiste dans les mots *condemnationis tempus*. Maintenant le mot *condemnatio* a en droit romain deux significations différentes, quoique analogues, dont l'emploi est également légitime et que nous pouvons également admettre quand il s'agit d'interpréter un texte où se trouve ce mot.

Condemnatio désigne d'abord une des quatre parties principales de la *formula*, l'instruction pratique donnée par le préteur au *judex* pour la condamnation ou pour l'absolution. C'est la *condemnatio a prætore concepta*.

Mais *condemnatio* désigne aussi le jugement prononcé par le *judex*, la *res judicata* en tant qu'elle rejette les conclusions du défendeur. C'est alors la *condemnatio a judice prolata*, l'exécution des instructions du préteur (*i*).

Le mot *comdemnatio* pris dans sa première acception est rigoureusement étranger au droit justinien, mais on comprend très-bien qu'il s'y trouve encore quelquefois, comme tant d'autres expressions du même genre. Nous avons même

(*h*) Notre texte est emprunté au livre 27, la L. 3, § 2, commod., au livre 28 d'Ulpien ad edictum.

(*i*) Gajus, IV, § 39, 43, 44.

un texte où cela ne saurait être douteux (*k*) :

« Exceptio... opponi actioni cujusque rei solet, ad excludendum (*l*) id *quod in intentionem condemnationemve deductum est.* »

Admettons cette première signification dans notre texte, tout alors devient clair, et la contradiction se change en une concordance parfaite. Le *condemnationis tempus* équivaut à *formulæ conceptæ tempus*, la partie prise pour le tout, ou bien en d'autres termes, à l'époque de la *lit. cont.*; car la rédaction de la formule et la *lit. cont.* sont des faits simultanés (*m*).

Je suis loin de méconnaître les objections que l'on peut élever contre cette interprétation, et je vais les discuter successivement.

(*k*) L. 2, pr., de except. (XLIV, 1), tirée de Ulpianus, lib. LXXIV, ad. Ed. — On pourrait vouloir expliquer de la même manière les mots de la L. 3, § 3, de act. emti : « quo *lis* in condemnationem deducitur ; » mais en réalité ils désignent l'époque du jugement. Voy, § 275, *t*.

(*l*) On lit dans le manuscrit de Florence : *cludendum*, d'où l'on a voulu tirer des corrections ; mais le texte de la Vulgate que je donne ici ne présente pas de difficultés.

(*m*) Chose singulière, Donnellus développe cette signification de *condemnatio* avec autant de clarté et de précision que s'il eût eu Gajus sous les yeux (Voy. plus haut, note *d*; ce passage se trouve N. 26, p. 156). Mais on s'étonne de voir le mauvais parti qu'il tire de cette divination extraordinaire. Au lieu d'appliquer le vrai sens du *condemnatio* à notre L. 3, de cond. trit., et de la mettre ainsi d'accord avec d'autres textes, il allègue la L. 3, § 3, de act. emti, qui n'a aucun rapport à notre sujet, et dont le sens se trouve faussé par cette application erronée.

1) On peut dire qu'Ulpien aurait commis une dangereuse équivoque en choisissant pour désigner le contraste du *rei judicatæ tempus* une expression également applicable au temps qu'il voulait exclure.

L'objection serait grave si l'on devait nécessairement admettre que le jurisconsulte ait eu en vue ce contraste. Mais comme notre texte implique l'existence d'une stipulation, un contraste qui se présente plus naturellement à l'esprit, car il répond au caractère rigoureux de la stipulation, est celui de la date du contrat. Telle était sans doute la pensée d'Ulpien, et voici des considérations qui ajoutent beaucoup à la vraisemblance de cette supposition. Entre le contrat et la *lit. cont.* il pouvait s'écouler un long espace de temps, pendant lequel la chose litigieuse était susceptible de nombreuses modifications. Quand, au contraire, un procès était engagé sur une chose aussi simple qu'une stipulation relative à un esclave, la procédure romaine laissait entre la *lit. cont.* et le jugement un intervalle trop court pour que la chose litigieuse dût subir un changement considérable. Si donc Ulpien avait en vue la date du contrat, et voulait exclure ce contraste (*n*), l'expression de *condemnatio* em-

(*n*) De même Julien croit nécessaire, dans la L. 22, de reb. cred. (Voy. § 275, *n*), d'exclure formellement l'époque du contrat et celle du jugement, afin de poser comme régle le

ployée pour désigner la *lit. cont.* n'avait aucun inconvénient.

2) En admettant que l'expression de *condemnatio* prise en ce sens ne donnât lieu à aucune équivoque, l'emploi de cette locution est trop rare pour être vraisemblable.

A cela je réponds que l'emploi de *condemnatio* comme synonyme de *res judicata*, pour désigner l'époque du jugement, est une locution non moins rare ; car l'on trouve presque toujours *res judicata*.

3) Enfin, et cette objection est là plus spécieuse de toutes. On ne s'explique pas pourquoi Ulpien à l'expression si simple de *litiscontestationis* aurait substitué l'expression, moins technique et moins directe, de *condemnationis tempus*.

Il est difficile d'indiquer le motif de toute locution peu usitée ; ici néanmoins la chose n'est pas impossible. La locution choisie devait en même temps impliquer la justification de la proposition exprimée. Comme, d'après les différentes époques de l'estimation, il y avait trois formules de condamnation : quanti res *fuit*, ou *est* ou *erit*, et comme dans notre cas la condiction entraînait la seconde forme (quanti res est), c'est-à-dire le temps présent (p. 202), il en résultait

moment de la *lit. cont.* Cet exemple rend plus vraisemblable encore la pensée que je prête à Ulpien.

nécessairement que l'estimation devait se rapporter à l'époque de la *condemnatio*, c'est-à-dire de la *lit. cont.* Sous ce rapport l'expression employée était intelligible et concluante pour tout lecteur romain; car l'usage rendait familière à chacun la rédaction des diverses formules.

Cette partie du texte, la plus difficile et la plus importante, une fois expliquée, il devient possible de l'embrasser dans son ensemble, et en voici d'abord le résumé sommaire.

Notre texte parle de la *condictio triticaria* touchant la stipulation d'une chose qui, d'abord indéterminée, est bientôt après désignée comme un esclave. — Il s'occupe de fixer l'époque de l'estimation. — Premièrement pour le cas où il n'y a pas de *mora*, secondement pour le cas où il y a *mora*. — Dans le premier cas il y a une distinction à établir selon que l'esclave est vivant ou décédé. — Ici se présentent trois hypothèses principales. S'il n'y a pas de *mora*, et que l'esclave soit vivant, l'estimation se place à l'époque de la *lit. cont.*, à l'époque du décès si l'esclave est décédé. S'il y a *mora*, et que l'époque de la *mora* donne une valeur plus grande, le demandeur peut placer l'estimation à cette dernière époque, que l'esclave soit vivant ou décédé. — Il s'agit maintenant de retrouver dans le texte ces diverses propositions et de les particulariser.

Premier cas. L'esclave est vivant, et il n'y a pas

de *mora*. L'estimation se place à l'époque de la *lit. cont.* (*condemnationis tempus*).

« In hac actione... spectandum. » J'ai déjà donné l'explication détaillée de cette partie du texte.

Second cas. L'esclave est décédé, et il n'y a pas de *mora*.

« Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus... erit spectandum »... (*o*).

Il s'agit ici de déterminer l'époque à laquelle, dans l'hypothèse d'Ulpien, l'esclave est décédé. Ce n'est certainement pas postérieurement à la *lit. cont.*; car il n'y aurait alors aucun motif pour ne pas rapporter, comme dans le premier cas, l'estimation à l'époque de la *lit. cont.* On doit donc placer le décès entre le contrat et la *lit. cont.*, c'est-à-dire avant la *lit. cont.* On doit supposer en outre que le décès a eu lieu dans des circonstances qui obligent le défendeur à une indemnité; sans cela on n'aurait pas à s'occuper d'estimation. La mort de l'esclave doit donc être attribuée, nécessairement, non à un cas fortuit, mais au *dolus* ou à la *culpa* du débiteur (*p*). L'estimation

(*o*) Il y a encore dans le texte une proposition incidente, qui n'a rien de commun avec les questions qui nous occupent, et que j'ai omise pour ne pas rompre l'enchaînement des idées principales. Le moment de la mort, dit-on, ne doit pas se prendre trop à la lettre, car un esclave à l'agonie, bien que vivant, a déjà perdu presque toute valeur.

(*p*) L. 91, pr., de verb obl. (XLV, 1). Cf. § 272, in f.

de l'esclave se place alors à l'époque de la mort, non, comme dans le premier cas, à celle de la *lit. cont.;* et en effet à cette dernière époque il n'y a plus d'esclave que l'on puisse estimer.

Troisième cas. Il y a *mora*, et l'on ne distingue pas si l'esclave est mort ou vivant.

« In utroque autem (*q*), si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit. lib. XX, habendam æstimationem quanti deterior res facta sit. Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio. »

On ne dit pas que dans le cas de la *mora* les règles précédentes cessent d'être applicables. Elles le sont également, sauf une modification possible à l'avantage du demandeur. Quand depuis la *mora* la valeur de l'esclave est restée la même ou a augmenté, on ne parle pas de modification. Si, au contraire, l'esclave a diminué de valeur (*si deterior res facta sit*), par exemple s'il a perdu un œil, le demandeur peut exiger que l'estimation de l'esclave, faite d'après les règles précédentes, soit augmentée de la valeur que l'esclave a perdue depuis la *mora* (*quanti deterior res facta sit;* en

(*q*) C'est-à-dire, sive vivat servus, sive mortuus sit. Cette progression dans la marche des idées montre combien est vaine l'opinion de ceux qui supposent l'existence de la *mora* dès le commencement du texte (note *f*).

d'autres termes : le demandeur a le droit de placer l'estimation à l'époque où commence la *mora* (*ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio*). — De tout cela il résulte clairement que le demandeur peut choisir entre deux époques d'estimation ; nulle part il n'est question d'une valeur plus grande dans le temps intermédiaire (§ 275, *u*). On voit clairement aussi pourquoi dans le cas de la *mora* la même règle s'applique *in utroque*. En effet, le seul changement résultant de la *mora* est que le demandeur peut choisir pour l'époque de l'estimation entre la *lit. cont.* et la *mora*, ou bien entre le décès et la *mora*.

§ CCLXXVI. *Effets de la* lit. cont. — II. *Etendue de la condamnation.* — b. *Diminutions. Changements dans les prix.*

Jusqu'ici je me suis occupé des diminutions objectives, c'est-à-dire des changements extérieurement appréciables que peut subir la chose litigieuse. Je passe aux diminutions dont la nature est invisible, puisqu'elles consistent en un simple changement de prix (§ 272). Elles se distinguent des diminutions objectives en ce qu'elles sont susceptibles d'une application beaucoup plus étendue. En effet, les diminutions objectives ne peuvent porter que sur des choses déterminées individuellement, qui seules peuvent être endom-

magées ou détruites, soit par des cas fortuits, soit par la faute du débiteur; tandis que la diminution de prix atteint aussi bien une quantité qu'une chose individuelle, et elle produit les mêmes effets soit qu'il s'agisse d'une livraison de cent boisseaux de blé ou de la revendication de cent boisseaux de blé déterminés se trouvant dans la possession d'un autre.

Mais, pour embrasser d'une manière complète cette partie de notre recherche, il est nécessaire d'étudier le sujet sous deux faces différentes, et d'examiner d'abord les cas qui présentent non une diminution, mais une augmentation de prix, ensuite les cas complexes où à la diminution de prix s'ajoute une diminution objective de la chose litigieuse.

En droit romain, les cas de diminution de prix ne sont pas traités spécialement ni distingués des cas de diminution objective; mais on ne saurait douter que ces cas ne fussent pris en considération, car plusieurs textes parlent expressément des denrées qui alimentent le marché public, telles que le vin et le blé (*a*); et ici la variation des prix est une circonstance trop importante pour que les décisions judiciaires n'en aient pas tenu compte.

(*a*) L. 3, § 3; L. 21, § 3, de act. emti (XIX, 1); L. 4. de cond. trit. (XIII, 3); L. 22; de reb. cred. (XII, 1). Voy. § 275.

Sans doute les mêmes questions peuvent se présenter relativement à des choses autres que les denrées portées au marché. Même pour les immeubles il n'est pas rare de voir une hausse ou une baisse générale de prix. Néanmoins, ces questions offrent alors beaucoup moins d'importance pratique; car la difficulté d'établir des chiffres certains ne permet que dans des circonstances exceptionnelles l'application des règles exposées plus haut. J'ajoute que pour de semblables objets une variation générale de prix ne peut se constater qu'après un long espace de temps, de sorte qu'elle exerce difficilement son influence sur la durée d'un procès; tandis que pour les denrées commerciales les variations de prix sont souvent aussi promptes que certaines.

Il s'agit maintenant de définir la nature juridique de ces divers changements. L'augmentation de prix a tous les caractères d'une acquisition accidentelle, se rattachant à la propriété d'un autre bien (265). C'est un accroissement intime la chose ayant absolument la même nature que l'accroissement d'un champ par alluvion. — La diminution du prix, au contraire, a tous les caractères de la diminution accidentelle, c'est-à-dire celle opérée sans *dolus* ni *culpa* du débiteur, et qui est soumise aux règles dont on a vu plus haut (§ 273) l'application. J'appelle la diminution de prix accidentelle, parce qu'elle tient à des

faits généraux en dehors des influences individuelles, soit qu'ils aient pour cause la situation du commerce, celle de l'État ou de la localité.

La similitude complète qui existe entre la diminution de prix et la diminution objective dont j'ai parlé précédemment ressort avec évidence des considérations suivantes. Quand une revendication a pour objet la propriété d'un certain nombre d'actions industrielles individuellement déterminées, voici les divers changements qui peuvent survenir pendant la durée du procès. Ces actions émises à 100 peuvent être tombées du pair à 50, ou même à 0 si l'entreprise est complétement ruinée. — La moitié ou la totalité des actions réclamées peut avoir péri dans un incendie. Ces pertes, quelle que soit leur cause, ont évidemment la même importance, et le même résultat pour les biens du titulaire.

Je passe à l'exposé des règles de droit sur les différents cas de diminution de prix, dont les considérations précédentes n'étaient que le préliminaire. Ces règles sont absolument les mêmes que celles établies plus haut (§ 275) relativement aux diminutions objectives et à l'époque de l'estimation.

Premier cas. Actions rigoureuses, où rien ne motive l'application de mesures exceptionnelles.

L'estimation se plaçait à l'époque de la *lit. cont.*; mais ce cas n'existe plus dans le droit actuel.

L'élévation ou la diminution du prix antérieurement à la *lit. cont.* est ici sans influence, puisqu'à chaque instant le débiteur peut éteindre son obligation au moyen d'une exécution volontaire, et le créancier provoquer la *lit. cont.* en intentant son action.

Toute variation de prix postérieure à la *lit. cont.* est également sans influence; car la règle qui rattache l'époque de l'estimation à la *lit. cont.* a pour but de fixer cette époque d'une manière immuable.

Ainsi donc, pour les variations de prix, comme pour les diminutions objectives de la chose litigieuse, la *lit. cont.* est l'époque définitive de l'estimation.

Second cas. Actions libres, où rien ne motive l'application de mesures exceptionnelles. Ici l'estimation se place à l'époque du jugement, et c'est la règle suivie également en droit actuel pour les actions qui en droit romain rentraient dans le premier cas.

Cette règle ne tient compte d'aucune élévation de prix (soit avant, soit depuis la *lit. cont.*). Si elle porte préjudice au défendeur, celui-ci doit se l'imputer à lui-même, puisqu'il est toujours maî-

tre d'éteindre sa dette en payant, et d'éviter ainsi le dommage que peut lui causer une hausse ultérieure de prix.

S'il y a baisse de prix avant le jugement, la règle n'en est pas moins applicable, mais avec la distinction suivante. Si le défendeur est un possesseur de mauvaise foi, il doit compte de la diminution de prix postérieure à la *lit. cont.*, de même qu'il devrait une indemnité si à la même époque la chose, au lieu de diminuer de valeur, avait été détruite ou endommagée par cas fortuit (p. 185).

Troisième cas. Action personnelle résultant d'une obligation qui fixe l'époque de l'exécution du contrat.

Ici on prend pour base de l'estimation le prix existant à cette époque.

Une hausse ou une baisse antérieure de prix est chose indifférente, puisqu'une exécution antérieure du contrat n'était ni dans l'intention ni dans les prévisions des parties elles-mêmes.

Une hausse ou une baisse postérieure de prix est chose indifférente, puisque le contrat ayant fixé l'époque de l'exécution avec ses conséquences, ces conséquences ont été acceptées par les deux parties. Néanmoins en pareil cas l'existence de la *mora* donne ordinairement lieu à l'application de la règle suivante.

Du reste, ce troisième cas est très-fréquent et

très-important pour la pratique; il embrasse cette multitude de contrats qui ont pour objet des livraisons de marchandises à faire dans un délai déterminé.

Quatrième cas. Actions personnelles quand la *mora* commence avec le litige ou existait auparavant.

La hausse ou la baisse de prix antérieure à la *mora* est indifférente.

La hausse ou la baisse postérieure à la *mora* ne peut jamais porter préjudice au demandeur; car il est entièrement libre de choisir l'époque de l'estimation.

Par là on ne fait aucune injustice au défendeur; car ce dommage éventuel est une conséquence bien méritée de la *mora*.

Il ne me reste plus qu'à entrer dans quelques détails sur l'application de ces différentes règles. Elle donne lieu aux distinctions suivantes.

1) Dans l'ancien droit romain cette application était beaucoup plus étendue qu'elle ne le fut plus tard. En effet, toutes les condamnations devant se ramener à une somme d'argent (*b*), ces règles trouvaient dans chaque espèce leur application directe; car pour déterminer le montant de la condamnation il fallait prendre en considération

(*b*) Gajus, IV. § 48.

l'état objectif de la chose litigieuse et sa valeur vénale conformément à ces règles.

2) Cet état de choses a été complétement changé par le droit Justinien qui constitue aussi le droit actuel. Quand la chose litigieuse existe encore en nature, la condamnation porte sur la chose elle-même, et non sur une somme d'argent. En dernier résultat cela équivaut à l'estimation faite (d'après la seconde des règles exposées plus haut) à l'époque du jugement. Quand il y a diminution de prix avant le jugement, et que par exception le défendeur répond de toute diminution accidentelle, c'est-à-dire dans le cas où la revendication est exercée contre un possesseur de mauvaise foi et dans le cas de la *mora*, la restitution se fait aussi en nature, mais on y ajoute une somme d'argent égale à la diminution, de sorte que la règle reçoit une pleine et entière exécution

3) Un cas qui mérite une attention particulière est celui où le défendeur prévient la condamnation en donnant volontairement satisfaction au demandeur. Quand l'action était arbitraire la restitution ordonnée par le *judex* provoquait une semblable détermination, et, quelle que fût la nature de l'action, le défendeur pouvait toujours user de cette faculté (*c*).

Maintenant il semble que dans le cas où l'es-

(*c*) Gajus, IV, § 114.

timation faite d'après les règles exposées plus haut était supérieure à la valeur actuelle de la chose, le défendeur pouvait annihiler le droit de son adversaire, puisqu'il se libérait définitivement par la restitution de la chose en nature.

Mais ici le demandeur est protégé par les règles du droit sur la restitution. En effet, la restitution ne résulte pas uniquement de la délivrance matérielle de la chose, elle implique en outre la *omnis causa*; et dans le cas qui nous occupe celle-ci comprend précisément une indemnité pécuniaire égale à l'augmentation de valeur (*d*).

4) Reste enfin le cas complexe où dans un seul et même litige la diminution objective de la chose se combine avec la diminution de prix.

Ici la décision ne saurait être douteuse, puisque l'application complète de nos règles peut donner un jugement formé de deux facteurs. L'exemple suivant rendra la chose sensible.

Quand la restitution d'actions industrielles est réclamée en justice, et que ces actions sont volées pendant le procès, voici les diverses circons-

(*d*) L. 75, de V. S. (L. 16) : « Restituere is videtur qui id restituit quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset. De même dans les L. 35, L. 246, § 1, eod., et L. 9, § 8, ad exhib. (X, 4). Par application de ce principe, on dit expressément que le débiteur constitué en *mora* n'est *pas* libéré en livrant la chose promise, si dans l'intervalle elle a été détériorée, bien que par cas fortuit. L. 3, de cond. trit. XIII, 1). Voy. plus haut, p. 231.

tances que le jugement doit prendre en considération. D'abord le défendeur doit rendre la valeur des actions volées, parce que le vol fait présumer la *culpa* du possesseur, et d'après la règle cette valeur est estimée à l'époque du jugement. — Mais si le défendeur est un possesseur de mauvaise foi, et que pendant le temps écoulé entre la *lit. cont.* et le jugement le cours des actions ait baissé, le défendeur doit en outre tenir compte de la différence. Ainsi, en pareil cas, il doit deux indemnités indépendantes l'une de l'autre, et fondées sur des règles de droit différentes : premièrement pour la perte causée par le vol, en conséquence de sa *culpa :* secondement pour la perte résultant de la baisse accidentelle du cours ; parce qu'en général, à partir de la *lit. cont.* le possesseur de mauvaise foi répond de tout dommage arrivé par cas fortuit.

§ CCLXXVIII. *De la place occupée par la* lit. cont. *et de ses effets en droit actuel.*

J'ai décrit plus haut (§257) avec détails la *lit. cont.* telle qu'elle figure dans la procédure par formules de l'ancien droit romain. J'ai signalé, comme trait caractéristique, le peu d'intervalle, comparativement aux éventualités de la procédure romaine, qui séparait la *lit. cont*, de ses conséquences depuis le commencement du litige.

Le droit Justinien ne semble pas avoir détruit complétement ce rapport, non plus que les éléments essentiels de la *lit. cont.* Néanmoins, il y avait déjà apporté de graves modifications, et notamment il avait introduit entre la *lit. cont.* et le commencement du litige un délai légal de deux mois.

Le droit canon avait laissé subsister ce dernier état de choses. Mais un changement plus important était la place nouvelle que les lois de l'empire assignent à la *lit. cont.* dans l'ensemble de la procédure (§ 259).

Néanmoins la procédure du droit commun de l'Allemagne ne s'est pas contentée de ces modifications; et les besoins des temps postérieurs ont trouvé de nouvelles voies pour obtenir satisfaction.

Sans doute dans la procédure par protocoles instruite devant le juge unique des tribunaux inférieurs, l'ancienne forme de la *lit. cont.* se reconnaît aisément, et son application n'a pas d'inconvénients, de sorte qu'il suffit d'une direction ferme et intelligente pour satisfaire aux vrais besoins de la pratique.

Mais il en est autrement pour la procédure du droit commun de l'Allemagne, basée sur les quatre pièces écrites, telle qu'elle a été adoptée par tous les tribunaux supérieurs, composés de plusieurs juges, et par divers tribunaux inférieurs. Croire

que les règles de procédure du droit romain, ou même celles des lois de l'empire y soient réellement appliquées, serait se faire illusion. — Si l'on voulait maintenir la lettre du droit romain et rattacher les effets de la *lit. cont.* à la partie de la procédure par écrit qui répond au contenu de la *lit. cont.* en droit romain, il faudrait placer cette époque décisive à la fin de la première période de la procédure, c'est-à-dire lors de la présentation de la duplique ou lors de la prononciation de l'interlocutoire sur les preuves; car à cette époque on peut admettre comme certainement effectuées les exceptions, les répliques et dupliques, ainsi qu'en droit romain la *lit. cont.* suppose incontestablement tous ces actes.

Néanmoins on n'a jamais essayé de se conformer avec une semblable rigueur à la lettre de l'ancien droit romain, d'abord parce que l'on n'avait pas une connaissance suffisante de cette procédure, et ensuite parce que ce n'était pas réellement un besoin de la pratique. — En combinant les dispositions des lois impériales et en modifiant le sens de cette expression technique empruntée au droit romain (§259), on fit de la *lit. cont.* la contradiction du défendeur aux faits allégués par le demandeur, et l'on appela *lit. cont.* le premier acte écrit produit par le défendeur, celui qui contient les exceptions. Cette place assignée à la *lit. cont.*, sans concourir d'une

manière avantageuse au but définitif de la procédure, a un grave inconvénient; elle permet au défendeur de différer arbitrairement la *lit. cont.* et de porter ainsi atteinte aux droits du demandeur (§ 259).

On peut écarter ou du moins atténuer cet inconvénient en attribuant les effets de la *lit. cont.* au premier acte de procédure produit par le défendeur, quel que soit l'objet de cet acte, et en admettant une *lit. cont.* fictive quand un défendeur de mauvaise foi refuse ou diffère de s'expliquer sur les faits (*a*).

Mais d'abord ce serait là changer dans une bonne intention le droit existant, et non en faire l'application; ensuite on n'aurait en réalité rien gagné. Cette *lit. cont.* fictive serait une vaine formalité, et ce serait une idée arbitraire et peu fondée en raison que d'attribuer des effets importants au premier acte de la procédure, indépendamment de son contenu. — Le besoin attesté par cette tentative nous mène évidemment à faire un pas de plus, et à donner pour point de départ aux conséquences importantes de la *lit. cont.* le moment où le défendeur a, par l'intermédiaire du magistrat, une connaissance certaine du litige intenté; c'est l'époque de l'insinuation de la demande. Quoique le rôle du défendeur soit ici

(*a*) Pufendorf, Obs. IV, 94; Göschen, Worlesungen, vol. I, p. 475; Wächter, H. 3, p. 87.

purement passif, cela ne nous empêche pas de prendre l'insinuation comme base d'une obligation, c'est-à-dire comme un quasi contrat; car si en droit romain le défendeur prend une part active à la *lit. cont.*, sa volonté n'est pas plus libre que quand il prend connaissance de la demande qui lui est dénoncée par le magistrat. Ainsi donc en adoptant la voie que je propose, nous nous éloignons beaucoup moins des principes essentiels du droit romain qu'il ne semble au premier abord, et néanmoins nous écartons entièrement les dangers signalés plus haut.

Avant de continuer notre recherche, il est nécessaire de bien déterminer les conséquences et l'importance pratique des considérations qui précèdent. — D'abord je rappelle que je m'occupe uniquement des conséquences relatives au fond du droit, et c'est là l'objet exclusif de toute cette recherche. L'influence de la *lit. cont.* sur la marche de la procédure est en dehors de notre sujet, et ne repose nullement sur les mêmes principes que les effets dont il s'agit ici. Ainsi, par exemple, on dit que la *lit. cont.* exclut la présentation de toute exception nouvelle; on dit également qu'à l'époque de la *lit. cont.* l'état de la demande se trouve définitivement fixé. Mais, dans la réalité, ces conséquences dérivent de la première déclaration du demandeur en soi, indépendamment de la question de savoir si cette déclaratiou contient

précisément une *lit. cont.*, et en quoi consiste cette *lit. cont.* — On dit encore que depuis la *lit. cont.* l'incompétence du juge ne peut plus être opposée; cela n'est pas non plus la conséquence de la *lit. cont.* comme telle, ou de son contenu, quelque nom qu'on veuille lui donner; mais celui qui comparaît devant le juge sans opposer son incompétence proroge sa juridiction, et se soumet volontairement à la décision qui doit intervenir.

Le besoin impérieux que j'ai signalé plus haut conduisait à rattacher les effets de la *lit. cont.* à une époque antérieure de la procédure, et à changer la forme du droit romain tout en respectant son esprit. Il y a longtemps que ce besoin a été reconnu, sans que l'on s'en rendît exactement compte. C'est ainsi que, comme je l'ai déjà montré, on a restreint la *lit. cont.* à une simple déclaration du défendeur sur les faits de la demande. Cette modification essentielle des idées du droit romain avait précisément pour but de faciliter la *lit. cont.* et d'en avancer l'époque.

Ce besoin est encore attesté par la doctrine qui prétend que le nouveau droit romain lui-même avait déjà reculé l'époque de la *lit. cont.* J'ai fait voir que cette doctrine est fondée sur des faits historiques mal compris touchant la pétition d'hérédité (§ 264). Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur cette question, tous les textes de droit romain cités par mes adversaires se bornent

évidemment à la pétition d'hérédité, tandis que pour toutes les autres actions du droit romain la *lit. cont.* seule est constamment réprésentée comme le terme décisif. Si l'on a méconnu ou ignoré cette disproportion entre les témoignages des sources, et si l'on a attribué aux décisions sur la pétition d'hérédité une généralité que démentent tant d'autres décisions contraires, cela vient du besoin signalé plus haut, besoin légitime, mais que l'on cherchait à satisfaire par des moyens impropres et que désavoue la critique.

Il y a sur la question qui nous occupe une grande divergence d'opinions. Je vais essayer de les passer en revue.

Quelques auteurs posent en principe que la règle primitive du droit romain subsiste toujours; qu'ainsi les conséquences touchant le fond du droit doivent toujours se rapporter à la *lit. cont.*, sauf néanmoins diverses exceptions qu'ils prétendent établir (*b*).

D'autres admettent un changement complet de la règle; car à la *lit cont.* ils substituent en droit actuel, comme point de départ des principales conséquences, l'insinuation de la demande faite au défendeur (*c*). Cette doctrine pré-

(*b*) Glück, vol. VI, p. 205; Hofacker, § 1020, 4385; Thibaut, § 700, 8e éd.; Mühlenbruch, § 114, 372. 4e éd.

(*c*) Hommel, Rhaps. obs. 234; Sintenis, Erlaüterungen des Civilprozesses, § 12, 15, 16; Kierulff, p. 280-284.

sente également des modifications secondaires.

D'autres enfin, et c'est le plus grand nombre des auteurs modernes, n'admettent ni l'une ni l'autre de ces règles, et ils prétendent que pour chacune des conséquences importantes touchant le fond du droit il faut chercher et établir un point de départ spécial (*d*).

Me référant aux motifs développés plus haut, et reconnaissant le nouveau besoin qu'il est indispensable de satisfaire, je me déclare pour la seconde opinion; je pense que l'insinuation de la demande remplace aujourd'hui la *lit. cont.* des Romains, et ainsi que l'insinuation entraîne, touchant le fond du droit, toutes les conséquences que le droit romain rattachait à la *lit. cont.*: c'est le seul moyen efficace d'assurer au demandeur la protection que la *lit. cont.* romaine lui offrait contre les délais arbitraires du défendeur, et la procédure du droit commun actuel n'a rien pour y suppléer. Aussi, depuis longtemps la pratique de la plupart des tribunaux a-t-elle admis ce changement, du moins quant aux applications les plus usuelles et les plus importantes.

J'ai encore à ajouter ici quelques détails nécessaires pour mieux préciser le principe.

Certains auteurs établissent une distinction

(*d*) Winckler, p. 355-365; Martin, Prozesz, § 152, 156; Linde, § 200, 206; Bayer, p. 229-234, p. 248-250; Heffter, § 346, 350, 2e éd.; Wächter, H. 3, p. 86-119.

entre la présentation et l'insinuation de la demande, afin de reporter, dans l'intérêt du demandeur, les effets de la *lit. cont.* à une époque encore plus reculée. Cela a été surtout réclamé pour interrompre la prescription des actions qui peut s'accomplir dans l'intervalle entre la présentation et l'insinuation de la demande. Cette doctrine ne trouve aucun appui dans les sources, et doit être rejetée à cause de l'insignifiance de ses résultats. Ensuite elle est en contradiction directe avec le principe qui exige comme condition essentielle que le défendeur ait connaissance du litige. Une prescription s'accomplit bien rarement sans qu'il n'y ait aucune négligence de la part du demandeur, et alors on vient à son secours par la restitution (*e*). Dans cette sollicitude pour les intérêts du demandeur on pourrait aller encore plus loin et distinguer entre l'envoi de la demande et sa réception par le juge, puisque la prescription peut aussi s'accomplir dans l'intervalle.

On a dit ensuite que, même en admettant l'insinuation comme remplaçant aujourd'hui la *lit. cont.*, il faudrait y ajouter comme condition restrictive un procès réellement engagé, autrement il n'y a ni *lis* ni *contestatio* (fixation du point litigieux), et sans cela les conséquences dont il

(*e*) De même à peu près que l'on peut se faire restituer contre le défaut de *damni infecti stipulatio*. L. 9, pr., de damno inf. (XXXIX, 2).

s'agit manquent de base. — L'objection est spécieuse; néanmoins je n'admets pas le besoin pratique de la restriction. En effet, si l'on examine les divers motifs qui peuvent empêcher le litige de s'engager, on n'y voit rien pour justifier le but qu'on se propose, celui d'épargner au défendeur un préjudice immérité. — Un de ces motifs peut être que le défendeur ne veut pas soutenir de procès, parce qu'il admet les réclamations du demandeur, et alors il ne saurait être question des effets de la *lit. cont.* — Le litige peut encore ne pas s'engager, parce que la demande a été portée devant un juge incompétent ou dirigée contre un autre que le défendeur véritable. Ici non plus il ne saurait être question des effets de la *lit. cont.*, puisque cette tentative infructueuse de procès n'a rien de commun avec le véritable procès qui peut s'engager ultérieurement (*f*).

§ CCLXXIX. *De la place occupée par la* lit. cont., *et de ses effets en droit actuel* (Suite).

Après avoir posé le principe qui régit le droit actuel, il me reste à en montrer les différentes applications, et à passer en revue les opinions des auteurs. Je suivrai ici l'ordre d'après lequel

(*f*) Ainsi, par exemple, une demande judiciaire n'opère l'interruption de la prescription qu'entre un demandeur et un défendeur déterminé. Voy. vol. V, p. 342.

j'ai classé dans la présente recherche les divers effets de la *lit. cont.* sur le fond du droit. Parmi ces effets, il en est deux qui se représentent si fréquemment, et ont une telle importance pratique, qu'ils se distinguent de tous les autres. Je veux parler de l'interruption de la prescription et de la *omnis causa*, c'est-à-dire la réparation du dommage causé au demandeur par la durée du litige. C'est aussi sur ces deux points que la jurisprudence des tribunaux est le mieux établie.

1) Le quasi-contrat résultant de la *lit. cont.*, c'est-à-dire l'obligation contractuelle contenue dans la *lit. cont.* des Romains (§ 258).

Ces expressions désignent moins une conséquence pratique particulière que la base et l'ensemble des divers effets qui vont être successivement énumérés. Aussi cet objet, vu sa nature abstraite et théorique, n'a-t-il pu donner lieu à une jurisprudence proprement dite.

Mais il est surtout propre à mettre en relief le véritable sens de l'innovation que je soutiens et son contraste avec l'opinion de mes adversaires.

En effet, je soutiens qu'en droit actuel le quasi-contrat, avec toutes ses conséquences, prend naissance au moment de l'insinuation de la demande.

Voici maintenant la doctrine de mes adversaires, qui prétendent suivre le droit romain, mais n'en

observent que l'apparence et la lettre. Le quasi-contrat, disent-ils, prend naissance au moment où intervient la première déclaration du défendeur sur les faits contenus dans la demande. Entre le quasi-contrat et cette déclaration du défendeur il n'existe aucun lien nécessaire, et personne aussi ne prétend qu'il existe. Leur relation se borne à cette circonstance purement accidentelle, que le droit romain rattachait le quasi-contrat à la *lit. cont.* (dont la signification n'était nullement celle d'aujourd'hui), et que depuis le moyen âge on s'est insensiblement accoutumé à désigner par l'expression romaine de la *lit cont.* la déclaration du défendeur sur les faits de la demande.

2) Interruption de la prescription de l'action (§ 261, n° I).

C'était là un des effets les plus importants de la *lit. cont.*; mais cette relation n'existe plus depuis que le nouveau droit romain a attaché expressément cet effet à l'époque antérieure de l'insinuation (§ 242, 243).

Ainsi pour ce cas particulier le droit romain lui-même a introduit l'innovation, que le droit actuel étend, suivant moi, à tous les autres cas.

La prescription ainsi interrompue, et pour laquelle il reste souvent peu de temps à courir, est immédiatement remplacée par une nouvelle prescription de quarante ans. Plusieurs auteurs

séparent à tort ces deux effets, et veulent les rattacher à différentes époques de la procédure ; ils désignent alors la prescription de quarante ans sous le nom de perpétualité de l'action (*a*).

3) Annulation de l'usucapion (§ 261, n° II).

On a dit que l'usucapion était réellement interrompue, et l'on a placé cette interruption à la même époque que celle de la prescription. J'ai réfuté plus haut cette doctrine.

Mais si l'usucapion s'accomplit pendant le litige, ses conséquences sont annulées, car le défendeur est tenu de restituer au demandeur la propriété ainsi acquise. Cette obligation est une des conséquences du quasi-contrat, et elle prend naissance ainsi que lui au moment de l'insinuation.

4) Transmissions des actions qui ne passent pas aux héritiers du défendeur (§ 262, n° IV) (*b*).

Plusieurs auteurs prétendent qu'encore aujourd'hui la *lit. cont.* marque l'époque où s'opère la transmission (*c*). Ici surtout on voit avec évidence combien cette doctrine est peu soutenable dans la pratique. Quand l'auteur d'un délit est tenu

(*a*) Voy. vol. V, p. 346.

(*b*) Non plus qu'aux héritiers du demandeur (§ 264, *a*).

(*c*) Carpzov, Jurispr. for. P. 4, Const. 46, Def. 6; Winckler, p. 357; Pufendorf, Obs. IV, 94; Glück, vol. VI, p. 205; Martin, Prozesz, § 156; Linde, Prozesz, § 206; Bayer, Civilprozesz, p. 248; Wächter, H. 3, p. 112-114.

à une indemnité, l'action pénale fondée sur ce délit ne passe aux héritiers du défendeur qu'avec de grandes restrictions (§ 211); mais à partir de la *lit. cont.* le droit romain admet la transmission d'une manière absolue. Or, il doit être interdit à un pareil défendeur, plus qu'à tout autre, de différer arbitrairement la *lit. cont.* et d'empêcher ainsi la transmission de l'action contre ses héritiers. — Ici encore si tant d'auteurs ont soutenu le maintien de l'ancien principe, ce n'est d'après aucun motif tiré de la nature spéciale de ce cas, c'est uniquement parce que plusieurs textes de droit romain représentent la *lit. cont.* comme l'époque de la transmission. Cette prescription n'est nullement douteuse; mais elle n'est pas plus vraie dans ce cas que dans beaucoup d'autres applications, où ces auteurs, peu conséquents avec eux-mêmes, abandonnent la *lit. cont.*

Quelques auteurs, au contraire, admettent précisément dans ce cas la transmission à partir de l'insinuation, mais par un motif erroné (*d*). En effet, une loi de l'empire ordonne expressément que dans le cas de trouble de la paix publique la peine atteigne les héritiers du coupable lors

(*d*) Francke, Beiträge, p. 43; Sintenis, Erläuterungen, p. 148. Ce dernier veut même que l'on remonte à l'époque où l'action est intentée.

même qu'il meurt avant la *lit. cont.* (*e*). Mais loin que ce soit là, comme le prétendent ces auteurs, l'expression d'une règle générale, applicable à toutes les actions, cette loi témoigne plutôt du contraire, puisque son intention est évidemment de traiter ce délit avec une rigueur extraordinaire.

D'après la jurisprudence du tribunal d'appel de Lübeck, la transmission de l'action aux héritiers s'opère à l'époque de l'insinuation.

5) Cas où le droit du demandeur prend naissance pendant le litige (§ 262, nº V).

Quand le demandeur réclame une propriété qui ne lui appartient pas, s'il l'acquiert postérieurement à la *lit. cont.*, il ne doit point réussir dans sa demande, mais il doit intenter une nouvelle action.

La substitution de l'insinuation à la *lit. cont.* n'a pas ici une grande importance; mais elle est la conséquence du principe. L'abandon de l'action et l'introduction d'une action nouvelle offre moins d'inconvénients pour le demandeur au début de la procédure que plus tard. Ensuite, agir autrement serait, comme je l'ai montré plus haut, faire injustice au défendeur, qui peut avoir préparé ses moyens de défense d'après l'état primitif du droit, et sans connaître les nouveaux faits.

(*e*) K. G. O. 1555, Th. 2, Tit. 9, § 6.

6) Commencement de la *mora* et de la *mala fides* (§ 264).

La doctrine des nombreux auteurs qui rattachent la *mora* et la *mala fides* à la *lit. cont.* doit être rejetée en principe, comme je l'ai établi plus haut. Le seul élément de vérité contenu dans cette doctrine est que d'après les circonstances particulières de chaque espèce le juge peut rattacher l'existence de la *mora* à certaines phases de la procédure (§ 264, *g*), — et cela est aussi vrai pour l'insinuation que pour la *lit. cont.*

7) *Omnis causa*, notamment les fruits et les intérêts, y compris les fruits négligés (§ 265-271).

Cette conséquence est la plus importante de toutes. Nous devons la rattacher à l'insinuation en vertu du principe général dont la vérité pratique ressort évidemment de cette application. Ici le défendeur est tenu à de certaines prestations, et même on lui impose des conditions rigoureuses, parce qu'il doit se considérer comme éventuellement détenteur du bien d'autrui. Il doit admettre cette éventualité dès que l'insinuation lui a donné connaissance du litige; mais on ne voit pas pourquoi cela ne devrait être que du moment où il s'explique sur les faits de la demande.

Là-dessus les opinions sont partagées. Les uns s'en tiennent à la *lit. cont.* (*f*). La plupart, au

(*f*) Linde, Prozesz, § 206. Cela me paraît surtout inconsé-

contraire, admettent avec raison que pour ce point important l'obligation commence à partir de l'insinuation (*g*); mais ils appuient en même temps leur opinion sur une fausse base. Ainsi, ils invoquent diverses décisions du droit romain touchant la pétition d'hérédité, et ils les généralisent sans tenir aucun compte de leur enchaînement historique spécial, ni des textes nombreux qui pour tant d'autres actions établissent une règle contraire. Ce défaut de critique tient à un point de vue général, qui a une telle importance pour l'intelligence de cette matière que je dois m'y arrêter encore.

On pose en principe que l'ancien droit romain avait établi la *lit. cont.* comme début de tout litige, et comme point de départ de conséquences importantes touchant le fond du droit, mais que le perfectionnement de la procédure assigne cette place à l'assignation donnée au défendeur. Hadrien, reconnaissant cette vérité, dans

quent, car Linde, § 200, fait commencer la *mora* et la *mala fides* du moment de l'insinuation.

(*g*) Winckler, p. 365 (d'après la jurisprudence de la plupart des tribunaux); Kind, Quæst. for. T. 3, C. 88, T. 4, C. 46; Martin, § 152; Bayer, p. 233; Kierulff, p. 278 et p. 281; Wächter, H. 3, p. 105-110. Cette doctrine est suivie par le tribunal suprême d'appel de Lübeck, qui fait courir les intérêts du moment de l'insinuation. Telle est également la jurisprudence de la cour de révision de Berlin et de la faculté de droit de Berlin (§ 271, *u*, *v*, *w*).

le Sc. Juventianum sur la pétition d'hérédité, abandonna la *lit. cont.*, et, par une amélioration importante, recula ces conséquences à une époque antérieure. Si le droit Justinien ne nous montre pas cette pensée dans toute sa pureté, et si l'ancien et le nouveau principe se trouvent confondus, cela tient à l'inhabileté des compilateurs. Mais nous agissons dans le sens du développement du droit romain, quand nous généralisons la pensée d'Hadrien, et quand nous prenons la citation comme base générale et unique (*h*).

Cet ensemble d'idées me paraît absolument inadmissible. Vaut-il mieux prendre comme point de départ et comme époque décisive la citation que la *lit. cont.*? C'est une question qu'on ne saurait résoudre abstractivement, et qui tient à l'organisation générale de la procédure. Tant que l'ancien *ordo judiciorum* subsista dans toute sa pureté, et il en était certainement ainsi du temps d'Hadrien, l'ancienne position de la *lit. cont.* répondait parfaitement au but de la procédure, et ne réclamait point de changement. Les innovations d'Hadrien n'avaient nullement pour objet d'améliorer la procédure en général; elles tenaient aux besoins spéciaux de la pétition d'hérédité. Si Hadrien eût eu l'idée qu'on lui

(*h*) L'opinion développée et réfutée dans le texte a plus ou moins influencé la plupart des auteurs. Kierulff, p. 280-284, est celui qui l'expose de la manière la plus complète.

prête de perfectionner la procédure, il serait étonnant que les grands jurisconsultes bien postérieurs à son règne, Papinien et Ulpien, n'aient point pénétré ce secret, et que toujours ils parlent de la *lit. cont.* comme de l'époque décisive, au lieu de lui substituer la citation.

8) Indemnité due pour la perte et la détérioration de la chose survenues pendant le litige et résultant du *dolus* ou de la *culpa* du défendeur (§ 272).

9) Responsabilité de la perte accidentelle de la chose survenue pendant le même laps de temps, lorsque le défendeur est un possesseur de mauvaise foi (§ 273).

Ces deux conséquences, de même que la prestation des fruits, se rattachent immédiatement au quasi-contrat, et dès lors doivent comme celui-ci être transportées de la *lit. cont.* à l'époque de l'insinuation.

Je vais résumer en peu de mots cette recherche sur l'état du droit actuel. Le droit romain rattache à la *lit. cont.* les principaux effets touchant le fond du droit. Le changement essentiel de la procédure nous oblige à abandonner la lettre de la loi pour en conserver l'esprit, et à substituer à la *lit. cont.* l'insinuation comme point de départ de ces effets.

Si malgré cette conviction j'ai maintenu partout la dénomination de *lit. cont.* et si je l'ai ins-

crite en tête de cette recherche, je l'ai fait avec intention. J'ai voulu par là rendre plus accessibles les trésors de sagesse que renferment sur cette matière les sources du droit romain, et rester en rapport avec l'ensemble de la littérature du droit depuis le moyen âge jusqu'à nos jours, rapport qui serait détruit sans cette dénomination.

J'ai eu constamment en vue dans cette recherche l'influence de la durée du procès sur le fond du rapport de droit litigieux. Si les Romains plaçaient ici comme époque décisive la *lit. cont.*, ce n'est pas qu'ils aient prétendu lui attribuer une vertu mystérieuse, mais bien parce qu'ils la trouvaient propre à marquer nettement le début du procès et à personnifier le litige. Or, nous avons de puissants motifs pour lui substituer l'insinuation.

L'opinion que je viens de développer sur les véritables besoins du droit actuel, et qu'adoptent en grande partie les auteurs modernes, se trouve aussi confirmée par la marche de la législation prussienne. Lors de la rédaction du code on discuta la question de savoir à quelle époque de la procédure devaient commencer les effets spéciaux de ce que l'on appelait possession de mauvaise foi (§ 264). On ne pouvait penser à la *lit. cont.* telle que l'entendent les romanistes modernes, c'est-à-dire à la présentation écrite des

exceptions, puisque l'on abandonnait la procédure par écrit du droit commun moderne (*i*). On proposa d'abord de fixer pour époque la signification du jugement; mais cette proposition fut rejetée, et l'on adopta l'insinuation de la demande (§ 264, *z*). Ainsi, malgré la différence du point de vue général et de la phraséologie apportée, nous trouvons une concordance intime fondée sur la saine appréciation des vrais besoins de la pratique.

§ CCLXXX. *Autorité de la chose jugée.* Introduction.

Source principale: Tit. Dig. de exceptione rei judicatæ (Lib. XLIV, Tit. 2) (*a*).

(*i*) Si l'on eût voulu s'en tenir au véritable esprit du droit romain, on eût trouvé un point de comparaison fort juste dans le *status causæ et controversiæ* de la procédure prussienne (§ 259, *o*). Mais alors les romanistes avaient presque entièrement oublié cet esprit, et nul ne pensa à ce terme de comparaison. Je ne prétends pas non plus qu'on eût dû choisir l'époque du *status causæ*, car il n'eût pas été applicable, comme l'insinuation l'est en réalité, à toute espèce de procès. — On pourrait presque croire que Suarez admettait en droit romain l'identité de la *lit. cont.* et de l'insinuation, car il dit (Kamptz Jarb. vol. 41, p. 8, 9) : « En droit romain... du jour où le *possessor b. f. per litis contestationem* a été constitué *in malam fidem*; » et un peu plus bas : « D'après la théorie romaine, l'époque à laquelle le possesseur est par *l'insinuation constitué in malam fidem* dépend des circonstances accidentelles. » Ces textes se trouvent vol. 88, f. 47, des matériaux (*Materialen*), et ils datent de la dernière révision de la législation.

(*a*) Le titre de re judicata (XLII, 1) pourrait, d'après son

Auteurs :

Donellus, lib. 20, c. 5.

Keller, über Litiscontestation und Urtheil; Zurich, 1827-8.

Buchka, Einflusz des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnisz Th. 1, 2. Rostock und Schwerin, 1846, 1847.

Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts, vol. II (1846), p. 557 sq., etc., et Erörterungen, Heft 3 (1846), p. 43-61.

Tout procès a pour éléments constitutifs les assertions et les prétentions contradictoires des parties (§ 256), qu'il s'agit de ramener à l'unité, en les dominant d'un point de vue plus haut.

Cette solution, comme toutes les parties du litige dont j'ai traité jusqu'ici, peut être envisagée en la forme et au fond. A la forme appartiennent tous les actes émanés des parties et du juge pendant le cours du procès, c'est-à-dire la procédure dans ses conséquences et dans son ensemble; et pour la partie du litige qui nous occupe spécialement, la marche suivie par le juge pour arriver à une décision comme aussi la forme et le contenu du jugement. — Au fond appartiennent

inscription, être regardé comme la source principale; mais il traite des moyens d'exécution du jugement et des restrictions dont elle est susceptible : or, tout cela se rapporte à la forme ou à la procédure, et c'est une face du sujet que nous n'avons pas à examiner.

les effets du jugement sur le contenu et sur l'étendue des droits litigieux ; ces effets rentrent seuls dans le plan de ce traité, et ils y forment une partie du droit des actions (§ 204).

Cette matière est une des plus importantes du droit. Elle donne lieu à de nombreuses applications, dont les conséquences ont encore plus de portée que celles de la *lit. cont.* ; aussi doit-on s'étonner que dans les cours et dans les traités cette matière soit ordinairement négligée, et qu'elle n'ait encore donné lieu à aucune monographie complète (*b*). Dans les codes modernes eux-mêmes, les législateurs n'y ont prêté que peu d'attention.

L'influence exercée par le jugement sur le contenu des droits, qui fait l'objet de la présente recherche, ne s'implique nullement de soi-même, et n'est pas une conséquence nécessaire qui dérive de l'exercice des fonctions judiciaires. La nature de ces fonctions implique seulement que tout procès doit recevoir une solution, et que cette solution doit être mise à exécution, même contre la volonté de la partie qui succombe. Mais quand plus tard la justice de cette décision vient à être mise en doute dans un autre procès, il semble naturel de la soumettre à un nouvel examen. Si elle est reconnue erronée, soit par le

(*b*) Puchta, dans le Rhein. Museum, v. II, p. 251, a signalé ce fait remarquable.

même, soit par un autre juge, l'équité semble demander la rectification de cette erreur et la réparation de l'injustice par la reconnaissance du véritable droit.

Examinons maintenant les conséquences qui résultent inévitablement d'une marche en apparence aussi équitable et aussi naturelle. D'abord il faut reconnaître que très-souvent la décision d'un procès peut être extrêmement douteuse, soit parce que la règle de droit est controversée, soit parce que les faits de la cause ne sont pas bien établis, soit enfin parce que les faits peuvent être ramenés à la règle de différentes manières. Dès lors il pourrait souvent arriver qu'une décision judiciaire fût réformée par une décision contraire. Mais ce changement ne terminerait rien, car un troisième juge trouvant la seconde sentence erronée pourrait rétablir la première, ou en rendre une nouvelle différente des deux autres. Le résultat inévitable d'une pareille doctrine serait un état d'incertitude perpétuelle, aussitôt qu'un rapport de droit aurait été l'objet d'un litige.

D'après ces considérations, on voit que nous nous trouvons en présence de deux dangers sérieux d'une nature tout opposée. D'un côté nous sommes exposés à maintenir contre notre conviction une sentence fondée sur l'erreur ou sur la prévarication du juge. D'un autre côté nous

courons le risque de livrer l'état du droit et des biens à une incertitude indéfinie, qui peut se prolonger pendant plusieurs générations. Nous avons à choisir entre ces deux dangers. La question de savoir lequel des deux entraîne le moindre mal appartient au droit politique; l'expérience et une juste appréciation des besoins réels peuvent seules nous en donner la solution.

Une longue expérience et les lois de différents peuples attestent que l'incertitude du droit a été regardée comme le mal le plus grand, comme un mal intolérable; et pour le prévenir on a eu recours à une institution du droit positif. On ne se faisait pas illusion sur le danger opposé, celui de maintenir irrévocablement des décisions injustes; mais d'abord ce danger est en soi de beaucoup le moindre, et ensuite on a trouvé un moyen spécial de l'atténuer dans l'établissement des degrés de juridiction; j'en parlerai plus bas (§ 284).

L'institution extrêmement importante destinée à remplir le but proposé peut se définir, en général, par l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire une fiction de vérité qui protége les jugements définitifs contre toute attaque et toute modification. Un auteur ingénieux (*c*) l'a appelé *droit par la forme*, et il l'oppose au droit fondé

(*c*) Möser, patriotische Fantasieen, vol. IV, N. 30.

sur la réalité. Le contenu et les bases de cette institution sont résumés dans le texte suivant, tiré du commentaire de Paul sur l'édit :

L. 6, de exc. rei jud. (XLIV, 2).

« Singulis controversiis singulas actiones (*d*), unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem (*e*) rei judicatæ frequens est. »

(*d*) En prenant ces mots à la lettre on pourrait croire que pour tout rapport de droit il n'y a jamais qu'une seule action correspondante, ce qui serait faux, car souvent on a le choix entre diverses actions. *Singulas actiones sufficere* signifie plutôt qu'un seul droit ne doit point servir à intenter plusieurs actions. Ce sont là les termes spéciaux pour exprimer la consommation des actions, et ainsi ils reproduisent la pensée de cet ancien axiome de droit que cite Quintilien (Inst. or. VII, 6), et dont il signale la rédaction amphibologique : « quod scriptum est : *bis de eadem re ne sit actio.* »

(*e*) C'est la leçon du manuscrit de Florence; la Vulgate porte *exceptioni.* On ne saurait croire combien d'interprétations différentes a reçues cette dernière phrase de notre texte. D'après la Vulgate on pourrait entendre : Souvent il arrive que l'on doit obéir à l'*exc. rei jud.* Cette explication est celle de Cujacius, Recit. in Paulum ad ed. lib. 70; mais alors le sujet qui doit obéir ne se trouve nullement désigné. — La leçon du manuscrit de Florence est susceptible de deux interprétations. D'abord on peut lire *parere,* et traduire : Souvent il arrive qu'une *exc. r. j.* est engendrée. Ce sens est adopté par Brissonius. Voy. Parere, N. 3; mais ici encore manque l'indication du sujet qui engendre, et cette pensée ne pourrait être rendue d'une manière naturelle et satisfaisante que par *nasci excep-*

Par cette vérité fictive attribuée au jugement on voit qu'un simple acte de procédure réagit énergiquement sur les droits eux-mêmes. En effet, cette fiction peut engendrer un droit qui n'existait pas, comme aussi anéantir ou restreindre un droit existant, ou modifier son contenu.

J'ai encore une remarque à faire sur la valeur pratique de cette institution. Au premier abord on pourrait croire que l'autorité de la chose jugée a de l'importance pour les jugements erronés, puisqu'elle change le rapport du droit en son contraire, mais non pour les jugements bien rendus, puisqu'ils ne font que confirmer un droit qui existe indépendamment de cette autorité. Si le fait était vrai il faudrait souhaiter l'abolition de l'institution; mais dans la réalité il en est tout autrement. Sans doute l'autorité de la chose jugée est surtout frappante dans le cas malheureux d'un jugement erroné, cas dont la possi-

tionem ou *sententiam parere exceptionem.* — Ensuite on peut lire *parere*, dans le sens de *apparere*, et traduire : Souvent il arrive que l'*exc. r. j.* apparaît, est employée. Cette explication a du moins le mérite de ne pas prêter aux objections faites contre les deux qui précèdent. — Une correction très-modeste lèverait toute difficulté : Parere exceptionem *rem judicatam* frequens est. (Cf. comme textes parallèles, L. 7, § 4 de pactis : « *Nuda pactio* obligationem non parit, sed *parit exceptionem*, » et L. 7, pr., eod.). La rédaction de notre texte s'expliquerait alors d'une manière satisfaisante par l'inscription du titre et par la construction un peu embarrassée de la phrase.

bilité ne doit être admise que comme un mal inévitable, et pour lequel elle n'a point été établie; mais elle est aussi efficace et salutaire dans le cas des jugements bien rendus, et c'est à les maintenir qu'elle est uniquement destinée. Si l'on considère combien de rapports de droit sont en soi incertains et douteux, combien de fois les preuves réelles viennent plus tard à manquer, qu'un second juge peut mal juger un procès bien jugé par le premier, et qu'une décision, indépendamment de son contenu, est pour toutes les parties préférable à une incertitude perpétuelle; si, dis-je, on considère tout cela, on doit être porté à reconnaître l'importance de l'autorité de la chose jugée pour les jugements bien rendus.

Dans l'étude de cette matière, comme dans tout cet ouvrage, je prends pour base le droit romain; mais les questions que nous avons à traiter ici sont d'une nature tellement générale, qu'elles demandent une solution là même où on ne fait aucune application du droit romain. — Ensuite, on se tromperait si l'on croyait que la valeur et les résultats de cette recherche soient subordonnés à une forme spéciale de procédure. Je traiterai ce sujet dans ses rapports avec la procédure par formules de l'ancien droit romain, avec la procédure du droit justinien, et celles du droit commun de l'Allemagne; mais les ques-

tions sont les mêmes pour la procédure du droit prussien et celle du droit français.

Après cette introduction, j'arrive à notre sujet, l'autorité de la chose jugée. Cette institution suppose le cours régulier d'un procès, mais, pour embrasser complétement la matière, je dois dès à présent mentionner le développement anomal de certains rapports de droit litigieux qui peuvent se présenter à côté du jugement.

Telles sont d'abord quelques institutions qui suppléent au jugement et dès lors le rendent inutile. Ce sont, entre autres, le serment, la *in jure confessio* et la *responsio*.

Il y a aussi une institution qui, comme le jugement, rentre dans les fonctions du magistrat, mais dont la destination est différente et plus étendue. Tandis que le jugement ne fait que constater le droit existant et le maintenir, la *in integrum restitutio* repose sur un pouvoir spécial du magistrat, qui, dans des conditions données, entreprend, avec connaissance de cause, sur le droit existant et le modifie.

Je reviendrai sur ces institutions après avoir exposé la théorie du jugement.

§ CCLXXXI. *Autorité de la chose jugée.* (Histoire.)

Jusqu'ici j'ai représenté la fiction de vérité unie à l'autorité de la chose jugée, comme un but à

atteindre. Reste maintenant à savoir par quels moyens ce but doit être atteint, par quelle forme de droit l'institution doit passer dans la vie réelle. L'histoire du développement de l'autorité de la chose jugée répond à cette question. Avant tout, il est nécessaire de distinguer les différents cas où ce but peut être proposé. Ainsi le juge peut prononcer en faveur du demandeur par la condamnation du défendeur, ou bien en faveur du défendeur par le rejet de la demande. Dans les deux cas les avantages résultant du jugement doivent être irrévocablement assurés à la partie qui a obtenu gain de cause. Comment cela peut-il s'effectuer?

Dans le premier cas un expédient artificiel semble à peine nécessaire. Le défendeur est contraint d'exécuter le jugement, et la satisfaction donnée au demandeur semble assurée pour toujours. Aussi l'ancien droit romain n'avait pour ce cas aucune disposition spéciale, et le plus souvent il n'en est pas besoin. Néanmoins on verra plus bas qu'il y a des complications de rapports de droit où une marche aussi simple est insuffisante.

Il n'en est pas de même dans le second cas. Le défendeur qui obtient gain de cause complet ou partiel peut toujours être inquiété par de nouvelles actions, et ce danger appelle une protection artificielle.

L'ancien droit romain plaçait cette protection à une époque antérieure au litige. Toute action parvenue jusqu'à la *lit. cont.* était regardée comme épuisée ou consommée, et ne pouvait jamais être reproduite, indépendamment de la prononciation ou de la non-prononciation du jugement et indépendamment de son contenu. Pour beaucoup d'actions personnelles cette consommation de l'action s'opérait *ipso jure*, pour toutes les autres actions au moyen d'une *exceptio rei in judicium deductæ*, qui excluait toute action nouvelle (§ 258).

Si maintenant, comme dans la plupart des cas, il y avait un jugement prononcé et favorable au défendeur, son efficacité était à jamais assurée par la consommation, qui rendait impossible la reproduction de l'action précédente. Alors l'exception contre la tentative d'une action nou velle ne s'appelait plus *rei in judicium deductæ*, mais bien *rei judicatæ*, et celle-ci devait être beaucoup plus fréquente que celle-là, car le procès que ne termine pas un jugement est toujours un cas assez rare (*a*).

Ainsi dans les temps anciens dont je parle le

(*a*) Ainsi donc en général l'*exc. rei in judicium deductæ* ne pouvait se présenter que quand pendant le cours d'un procès le demandeur en intentait un nouveau, ou lorsque le procès avait été abandonné et se trouvait perdu définitivement par la prescription de la procédure.

jugement favorable au défendeur était garanti par la consommation de l'action une fois exercee, consommation qui s'opérait quelquefois *ipso jure*, mais le plus souvent par une *exceptio rei judicatæ*. Cette exception était donc déjà à cette époque la forme du droit la plus ordinaire et la plus importante dans la pratique pour protéger les jugements contre de nouvelles attaques arbitraires.

On peut formuler en ces termes le principe qui servait de base à cette exception dans l'ancien droit : Toute action une fois jugée ne peut plus être reproduite.

Pour bien marquer le caractère spécial de cette exception, voici deux points qu'il ne faut jamais perdre de vue : d'abord elle se fonde uniquement sur l'existence d'un jugement, et non sur son contenu ; ensuite elle a le but et les résultats purement négatifs d'empêcher une action et non d'établir un droit. L'application du principe a pour condition l'identité d'une action nouvelle avec une action déjà exercée et jugée.

L'institution que je viens de décrire, destinée à fonder l'autorité de la chose jugée, remplissait imparfaitement son but, car elle ne protégeait le défendeur que contre la reproduction de l'action déjà jugée. Si donc le demandeur qui réclamait une propriété était, par la condamnation du défendeur, rentré en possession de la chose, l'an-

cien défendeur pouvait se représenter comme demandeur et mettre en question la propriété; comme il n'y avait eu de sa part aucune action exercée et par conséquent consommée, on ne pouvait lui opposer l'exception, et il pouvait intervenir un second jugement destructif du premier. — Ensuite l'exception ne protégeait pas le défendeur, dans les cas où, sans reproduire expressément l'ancienne action, le demandeur, à l'occasion d'un nouveau litige, cherchait par des moyens indirects à annuler le premier jugement. — Il pouvait même arriver que la complication de certains rapports de droit permît d'abuser de l'exception pour enlever à une des parties le bénéfice d'un jugement, et qu'ainsi l'exception allât directement contre son but.

D'un autre côté, l'institution entraînait des conséquences fort dures en dehors de sa destination, et dont l'application purement logique n'était justifiée par aucun besoin réel. En effet, l'exception *rei judicatæ* avait lieu lors même que le rejet de la demande tenait uniquement à une exception dilatoire, qui peut-être reposait sur un motif passager et tout à fait secondaire (*b*); de sorte qu'une cause purement accidentelle entraînait la perte d'un droit bien fondé. — Le mal n'était pas moins grave quand, d'après l'ancien droit, la prescrip-

(*b*) Gajus, IV, § 123. — Voy. plus haut, § 227.

tion de la procédure empêchait le procès de recevoir une solution (§ 256, *b*), ce qui pouvait arriver sans aucune négligence du demandeur; l'*exceptio rei in judicium deductæ* rendait désormais impossible l'exercice du droit le mieux établi.

Ces inconvénients firent réfléchir aux besoins véritables, et l'on reconnut qu'il s'agissait uniquement d'assurer à toute décision judiciaire une efficacité certaine pour l'avenir. On chercha donc à transformer l'ancienne institution de l'*exceptio rei judicatæ* de manière à atteindre ce but et à l'atteindre complétement. On y parvint en n'ayant plus, comme autrefois, égard à la simple existence du jugement mais bien à son contenu. Ce contenu dut être garanti contre tout procès ultérieur; et comme à côté de l'exception on admettait aussi, en cas de besoin, une *replicatio rei judicatæ*, l'institution assura, tant au demandeur primitif qu'au défendeur, tous les avantages qu'ils pouvaient tirer du jugement dans un autre litige.

Le principe servant désormais de base à l'institution peut se formuler ainsi :

Aucun jugement ne peut enfreindre les dispositions d'un jugement antérieur.

Au premier abord, cette formule semble, comme l'ancienne formule, purement négative; mais comme un juge ne peut jamais refuser de prononcer sur un procès porté devant lui, la formule se

décompose immédiatement en la formule suivante.

Quand dans un procès se présente une question sur laquelle un jugement a déjà été prononcé, le nouveau juge doit accepter cette décision comme une vérité, et en faire la règle de son jugement.

Ici la formule revêt une forme entièrement positive, et devient l'expression directe de la fiction de vérité, que déjà plus haut (§ 280) j'ai représentée comme le sens propre de l'autorité de la chose jugée et comme le véritable besoin de la pratique.

Pour désigner ce rapport logique des deux formes de l'exception, l'ancienne et la nouvelle, on a employé une expression très-heureuse : *exceptio rei judicatæ* dans sa fonction négative et dans sa fonction positive (*c*).

Cette transformation importante ne fut pas opérée par une prescription générale, une loi ou un édit qui aurait aboli ou modifié l'ancienne institution pour lui substituer la nouvelle; cela n'était point nécessaire. C'était toujours l'autorité de la chose jugée qui servait de règle au second jugement, et la différence entre les deux fonctions ne devient visible que quand on se demande dans quels cas et sous quelles conditions l'exception doit être admise. Cette appréciation était aban-

(*c*) Keller, p. 223, note 4.

donnée au préteur, qui dans chaque espèce suivait le progrès des idées et consultait les véritables besoins de la pratique sans qu'il fût besoin d'une prescription générale pour lui servir de guide.

§ CCLXXXII. *Autorité de la chose jugée. — Histoire* (Suite).

Nous avons maintenant à préciser le rapport historique existant entre les deux fonctions de l'exception de la chose jugée.

La fonction négative était la forme ancienne et dans l'origine la forme unique de l'exception; on peut le conjecturer d'après son imperfection et d'après son affinité avec l'institution évidemment antique de la consommation opérée *ipso jure* (§ 281). Aussi voyons-nous Gajus, dans ses Institutes, traiter avec détails et avec soin (*a*) la consommation de l'action, c'est-à-dire la fonction négative de l'exception, tandis que le principe qui sert de base à la fonction positive ne s'y trouve pas mentionné. D'après cela on pourrait croire que ce dernier principe est postérieur à Gajus, qui ne l'aurait pas connu; mais cette supposition est formellement démentie par un texte du Digeste emprunté à Gajus (*b*), et où l'on voit mentionnée

(*a*) Gajus, III, § 180, 181; IV, § 106-108 rapprochés des § 104, 105.

(*b*) L. 15, de exc. r. j. (XLIV, 2).

dans les termes les plus précis la fonction positive de l'exception (le maintien du *contenu* d'un jugement); elle a même été reconnue par Julien, dont Ulpien invoque le témoignage dans un de ses écrits (*c*). Cette contradiction apparente s'explique d'une manière satisfaisante si l'on admet qu'à côté de l'ancienne consommation la fiction de la vérité du jugement, c'est-à-dire l'exception dans sa fonction positive, avait reçu longtemps avant Gajus des applications isolées, mais que de son temps ce principe n'était pas encore assez bien établi dans la théorie du droit et assez développé pour que ce jurisconsulte ait cru nécessaire de le faire figurer dans ses Institutes, comme institution spéciale, à côté de la consommation.

Il semble que je n'aie pas besoin de prouver l'existence de l'exception dans sa fonction positive, puisque la présente recherche est entièrement consacrée au développement du principe même dont elle est l'application. Néanmoins, je vais rassembler ici les témoignages des anciens jurisconsultes qui établissent clairement le principe sous sa forme générale et absolue, c'est-à-dire la vérité fictive des jugements même erronés.

L. 25, de statu hom. (I, 5) (Ulpian.):

Ingenuum accipere debemus etiam eum de

(*c*) L. 40, pr., de proc. (III, 3). — Cf. Keller, p. 230, 231.

quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus : quia *res judicata pro veritate accipitur* (*d*).

L. 3, pr., de agnosc. (XXV, 3) (Ulpian.), rapprochée de la L. 1, § 16 eod. :

Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse prægnantem... non evitabit quo minus quæratur an ex eo mulier prægnans sit. Quæ causa si fuerit acta apud judicem, et pronuntiaverit... In ea causa est, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum... Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit. *Placet enim ejus rei judicem jus facere* (*e*).

(*d*) La dernière phrase de ce texte, qui exprime directement la fiction de la vérité, a été reproduite dans un autre endroit du Digeste, L. 207, de R. J. (L. 17). — J'observe néanmoins que le texte primitif d'Ulpien ne parle pas de l'autorité de la chose jugée dans notre sens (celui de l'*exceptio rei judicatæ*), c'est-à-dire lorsqu'un procès est intenté sur une question déjà jugée. La *Lex Julia* avait défendu le mariage des *ingenui* avec les femmes infâmes. C'est à cette prohibition que se rapporte la décision d'Ulpien, qu'un semblable mariage est interdit même à un affranchi, si celui-ci a été déclaré *ingenuus* par un jugement erroné mais régulièrement rendu. En droit justinien ce texte s'applique à l'autorité de la chose jugée proprement dite, et l'énergie de ses expressions est très-bien appropriée au sujet. Sa reproduction dans une autre partie du Digeste met cette interprétation hors de doute. — Cf. sur ce texte § 301, *n*.

(*e*) Ces mots désignent parfaitement la fiction de la vérité qui engendre un droit nouveau et indépendant. Du reste, ce texte s'applique à un rapport anomal, où le jugement, par une extension spéciale, vaut pour et contre des tiers étrangers à la contestation. Cette observation s'applique également au texte dont j'ai parlé dans la note précédente. Cf. § 301, *n*.

L. 65, § 2, ad Sc. Trebell. (XXXVI, 1) (Mæcianus) :

Cum prætor, cognita causa, per errorem vel etiam ambitiose juberet hereditatem ut ex fideicommisso restitui, etiam *publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem* (*f*).

L. 12, § 3, de bonis libert. (XXXVIII, 2) (Ulpian.) :

Si quis, cum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit exheredatus non esse, non repellitur : *rebus enim judicatis standum est.*

Un texte de Paul, transcrit plus haut (*g*), parle des deux fonctions de l'exception, mais en des termes si généraux, que nous n'en saisirions pas le sens si Gajus, dans ses Institutes, ne nous eût fait connaître le caractère spécial de la consommation de l'action. En effet Paul nous dit qu'un rapport de droit litigieux ne peut donner lieu qu'à une seule action, parce que la reproduction de la même action aurait pour l'état du droit de graves inconvénients, surtout, ajoute-t-il, si la reproduction de l'action donnait lieu à des jugements contradictoires : *maxime si diversa pronuntia-*

(*f*) J'observe que dans ce texte il est question d'un jugement rendu non par un *judex*, mais par le préteur lui-même, parce que les fidéicommis faisaient l'objet d'une *extraordinaria cognitio*. Néanmoins la fiction de la vérité et même la dénomination de *res judicata* trouvent ici la même application que dans les *ordinaria judicia*.

(*g*) L. 6, de exc. rei jud. (XLIV, 2). Voy. plus haut, p. 266.

rentur. Ces deux propositions font évidemment allusion aux deux formes de l'exception, qui sont différentes malgré leur affinité.

Ainsi l'exception de la chose jugée subsista sous ces deux formes aux temps des jurisconsultes dont les écrits ont été insérés dans le Digeste (*h*); et ici l'on suivit la marche adoptée pour d'autres parties du droit romain dans le développement de ses institutions. On se résolvait avec peine à abolir une institution sanctionnée par le temps et à la remplacer par une autre, lors même que l'expérience en montrait les imperfections, ainsi que nous l'avons vu plus haut (§ 281) relativement à la consommation de l'action. On cherchait plutôt à atténuer ces imperfections par des moyens moins violents et plus raffinés. Quand la consommation de l'action se trouvait insuffisante pour les besoins de la pratique, on recourait au développement progressif de l'exception sous sa nouvelle forme (la fonction positive), et elle répondait à tous les besoins. Quand la consommation entraînait des conséquences dures et injustes, on y remédiait par des moyens de différente espèce (*i*). Ainsi, dans les cas, d'ailleurs fort rares, mentionnés plus haut (p. 276), où les deux formes de l'exception se trouvaient en

(*h*) Keller, p. 231.
(*i*) Id., dans toute la sixième division de son ouvrage.

opposition, c'est-à-dire quand la consommation de l'action avait pour effet d'annuler le contenu d'un jugement antérieur à l'*exceptio rei judicatæ*, on opposait une *replicatio* du même nom qui maintenait le jugement (*k*). Ce dernier cas est surtout remarquable, comme une preuve directe que les anciens jurisconsultes se rendaient parfaitement compte des deux formes de l'exception, et qu'en cas de conflit ils ne se faisaient aucun scrupule de préférer à l'ancien principe (la consommation de l'action) le principe nouveau (la fiction de la vérité), dont ils reconnaissaient ainsi la supériorité.

Dans la suite, la consommation de l'action, c'est-à-dire l'ancien principe fut complétement abandonné. Nous ne voyons nulle part que le législateur l'ait aboli expressément; il semble plutôt avoir disparu graduellement, ainsi qu'une feuille se dessèche et tombe, chassée par le germe de celle qui doit la remplacer.

La substitution des *extraordinaria judicia* à l'ancien *ordo judiciorum* n'a point amené d'une manière directe et nécessaire l'abolition de la consommation de l'action; mais elle l'a sans aucun doute favorisé et hâté. En effet, exclure une action comme consommée par une autre implique l'identité des deux actions; or, dans la plupart

(*k*) Keller, § 70, 71, 72.

des cas cette identité se reconnaissait de la manière la plus facile et la plus sûre au moyen des formules, qui disparurent entièrement avec l'*ordo judiciorum*. Quant à la fiction de la vérité du jugement, qui sert de base à l'exception sous sa nouvelle forme, il n'en est pas de même; car pour appliquer l'exception il suffit de connaître le contenu du jugement, et cela peut se concilier avec toutes les formes de procédure.

D'un autre côté, la consommation, qui pour beaucoup d'actions s'opérait dans l'ancien droit non par une exception, mais *ipso jure* (§ 281), devint impossible après l'abolition de l'*ordo judiciorum*, et dut disparaître avec lui. En effet, cette espèce de consommation ne pouvait avoir lieu que dans les procès instruits devant un seul *judex*, nommé par le magistrat, et quand la formule était avec *juris civilis intentio* (*l*); or, ces deux conditions étaient incompatibles avec un *extraordinarium judicium*.

Le droit justinien ne fait mention ni de la consommation de l'action ni de l'*exceptio rei in judicium deductæ*, qui en est inséparable, preuve que ces deux institutions n'existaient plus alors. Nous voyons, en outre, diverses conséquences

(*l*) Gajus IV, § 107 rapproché du § 104.

importantes de la consommation abolies expressément (*m*).

Au contraire, l'exception de la chose jugée dans sa fonction positive, comme protectrice du contenu d'un jugement, est exposée d'une manière si complète d'après les écrits des anciens jurisconsultes, que cela suffit pour son application, comme on le verra dans la suite de cette recherche. Aussi la pratique moderne a-t-elle complétement adopté cette forme de l'institution; et si l'on s'est assez souvent éloigné des dispositions du droit romain, ce n'est pas qu'on les ait jugées mauvaises ou insuffisantes, ces déviations tiennent uniquement à l'intelligence incomplète des sources.

Sans doute on trouve dans les décisions des anciens jurisconsultes sur la nouvelle exception de la chose jugée certains traits qui ne s'expliquent que par l'ancienne institution de la consommation de l'action; mais ces textes recueillis par inadvertance sont tellement isolés, que nous ne les comprendrions pas si les Institutes de Gajus ne nous avaient fait connaître l'ancien principe

(*m*) Tel est l'objet de la L. 28, C., de fidejus. (VIII, 41). On doit rapporter en partie à ce principe l'abolition de l'ancienne règle que le demandeur *plus petendo* perdait son droit d'action, je dis en partie, car si cette règle reposait sur la consommation de l'action elle se rattachait aussi à la *certa intentio*, dont il ne pouvait plus être question depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*. Keller, § 56.

de la consommation de l'action. Ainsi, notamment, quand nous voyons mentionner une *replicatio rei judicatæ* destinée dans plusieurs cas à repousser l'*exceptio* du même nom (note *k*), cette *exceptio* doit s'entendre uniquement de l'ancienne institution de la fonction négative, et sans doute il eût mieux valu ne pas insérer ces textes au Digeste, puisque la difficulté qu'ils étaient appelés à résoudre ne pouvait plus se présenter. D'un autre côté, leur insertion n'avait pour la pratique aucun inconvénient, car jamais ils ne pouvaient soulever de doutes sur la décision définitive d'un rapport de droit litigieux.

§ CCLXXXIII. *Autorité de la chose jugée. — Histoire.* (Suite.)

Le mérite le plus éclatant de l'ouvrage de Keller est d'avoir distingué les deux formes ou fonctions analogues mais différentes de l'exception de la chose jugée (*a*). On ne doit pas non plus chercher à atténuer ce mérite en disant que depuis la découverte des Institutes de Gajus chacun pouvait faire usage des renseignements qu'elles nous donnent, et que le hasard seul a décidé la priorité. J'ai déjà fait observer que ni dans Gajus ni dans aucune des sources que nous

(*a*) Keller, § 28, 29, 30.

possédons les deux institutions ne sont opposées l'une à l'autre avec leurs caractères spéciaux; et pour découvrir ce contraste il a fallu embrasser toutes les parties des sources du droit, et les comparer entre elles avec une merveilleuse sagacité.

Si les auteurs qui ont écrit avant la découverte des Institutes de Gajus n'ont eu aucun soupçon de ce développement particulier du droit, et ont commis beaucoup d'erreurs historiques, on ne peut certainement pas leur en faire reproche. Quant aux auteurs qui ont écrit depuis la nouvelle découverte, il n'est pas sans intérêt de voir l'usage qu'ils en ont fait et de le soumettre à un examen attentif.

Les uns pensent que l'exception subsiste encore en droit actuel avec ses deux fonctions (*b*). Mais j'ai montré plus haut (§ 282) que du temps de Justinien le principe de la consommation de l'action, qui est inséparable de la fonction négative, était déjà complétement abandonné; néanmoins leur doctrine n'a pas en réalité l'importance qu'on pourrait lui attribuer au premier aspect : elle se fonde d'abord sur les traces isolées de l'ancienne institution conservées accidentellement dans le Digeste, ensuite sur une fausse relation établie entre la consommation de

(*b*) Vangerow, Pandekten, § 173.

l'action et diverses parties de l'institution nouvelle, la seule en vigueur aujourd'hui. Je me réserve de mettre plus bas (§ 286) ce dernier point dans tout son jour. — Au reste, l'erreur que je signale ici a un caractère purement théorique. On ne fait au droit actuel aucune application de la prétendue fonction négative qui ne soit également justifiée par les vrais principes, et surtout personne n'a essayé de donner à l'exception, comme on avait lieu de le craindre, une extension exagérée (*c*).

La nouvelle découverte a été pour d'autres auteurs l'occasion d'une méprise toute différente (*d*). J'ai dit plus haut que du temps des anciens jurisconsultes les deux institutions subsistaient conjointement, et que les anciens jurisconsultes savaient très-bien reconnaître et résoudre les difficultés résultant de cet état de choses (§ 282). Voici maintenant l'opinion de ces auteurs : suivant eux, les Romains n'auraient jamais pu se délivrer des entraves de la procédure par formules ni de la consommation de l'action à laquelle elle sert de base; et le droit justinien lui-même aurait été asservi à cette gêne. La pratique moderne, disent-ils, a pour la première fois brisé ces entraves; maintenant règne la pure

(*c*) Cf. la fin du § 282.

(*d*) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, Th. I, p. 250-256. — Buchta, V. II, p. 76, 184, 192, 200.

æquitas, et le droit a toute la perfection que l'on peut désirer.

Dans cette doctrine, deux choses sont difficiles à comprendre. D'abord, comment les empereurs postérieurs à Justinien, qui comptaient parmi leurs conseillers des hommes si habiles, n'ont-ils pas vu que l'abolition de l'*ordo judiciorum*, c'est-à-dire de la procédure par formules, avait complétement détruit la base de cette servitude déplorable? Comment ensuite les jurisconsultes modernes, dont la savante pratique aurait pour la première fois brisé les entraves du droit romain, ne se seraient-ils pas doutés de leur triomphe? En effet, il est évident que ces jurisconsultes ne cherchent pas à établir des principes contraires au droit romain, et que c'est dans les sources du droit romain qu'ils vont tous les puiser. Ils auraient donc eu plus de sagesse qu'ils ne le croyaient eux-mêmes, et il était réservé à nos contemporains de la leur révéler. — Au reste, cette erreur est plutôt historique que pratique, car les doctrines appliquées au droit actuel sont en réalité celles du droit romain. Mais elle est plus dangereuse que la précédente; car, par de fausses suppositions, elle empêche de faire sainement usage des sources du droit romain; ensuite la prétendue *æquitas* du droit actuel laisse à l'arbitraire une latitude illimitée, qui peut entraîner plus tard des abus inconnus jusqu'à présent.

Cette doctrine sera jugée définitivement par le résultat de la recherche à laquelle je vais me livrer. Je me propose de chercher dans les sources du droit romain une théorie complète de l'autorité de la chose jugée, et je crois que le Digeste nous fournit pour cela des matériaux suffisants. Si je réussis dans cette tentative, j'aurai détruit par là même le rapport que l'on prétend établir entre le droit romain et le droit actuel.

Je viens de montrer quelles sont les bases historiques de la théorie de l'autorité de la chose jugée, et cet exposé nous trace la marche à suivre dans notre recherche.

La formule du droit nouveau sur l'autorité de la chose jugée (§ 281) exprime que les effets de tout jugement définitif doivent être assurés pour l'avenir. Le développement complet de ce principe exige une double étude, et l'examen de ces deux points :

I. Conditions de l'autorité de la chose jugée :

A) Conditions relatives à la forme.

B) Contenu du jugement formant la base véritable de l'autorité de la chose jugée.

II. Effet de l'autorité de la chose jugée pour l'avenir, c'est-à-dire rapport nécessaire entre le litige jugé et le litige futur sur lequel la première décision doit exercer son influence. Ce rapport nécessaire peut se traduire par identité,

et cette identité doit exister sous deux rapports différents, pour que l'autorité de la chose jugée exerce son empire :

A) Identité des rapports de droit (objective).

B) Identité des personnes (subjective).

Ce rapport nécessaire peut encore s'exprimer d'une manière plus simple : pour qu'une décision judiciaire influe sur une décision judiciaire ultérieure il faut que les actions aient deux points communs :

La même question de droit,

Les mêmes personnes.

§ CCLXXXIV. *Autorité de la chose jugée.* — I. *Conditions.* A. *Relatives à la forme.*

Nous avons d'abord à déterminer les formes que doit revêtir une décision judiciaire pour exercer sur un litige ultérieur l'influence importante désignée par l'expression de autorité de la chose jugée (§ 280).

Si, pour traiter cette question d'après le droit romain, nous nous plaçons au temps de la procédure par formules, l'autorité de la chose jugée était sans aucun doute attribuée à tout jugement rendu par un *judex* sous l'autorité d'un magistrat. Ici le mot *judex* désigne la personne privée ou la réunion des personnes que nomme le magistrat pour connaître d'un litige. Ensuite dans

la décision de ce *judex* figure comme base de l'autorité de la chose jugée non-seulement la *sententia* proprement dite (*condemnatio* ou *absolutio*), mais aussi la *pronuntiatio*, qui dans beaucoup d'actions précède la *sententia* (§ 287).

Ce cas, conforme à la règle générale et aussi le plus ordinaire, n'était pas néanmoins le seul qui donnât lieu à l'autorité de la chose jugée. Le préteur pouvait également sans nommer de *judex* prononcer lui-même un jugement investi de la même autorité que celui du *judex*. Un auteur moderne (*a*) a mis en doute ce pouvoir du préteur. Cette opinion semble tenir à l'idée moderne que les jugements rendus par des personnes privées ont été établis comme moyen de partager le pouvoir judiciaire, et comme une protection contre l'arbitraire du préteur. Il y avait pour prévenir ce danger beaucoup d'autres limites restrictives du pouvoir judiciaire; et si l'instruction se faisait ordinairement devant un *judex*, c'est que sans cette procédure deux préteurs à Rome n'auraient pas pu suffire à la juridiction.

Maintenant cette instruction n'était nécessaire que quand il s'agissait de vérifier des faits douteux; si les faits n'étaient pas contestés, le préteur pouvait prononcer lui-même d'une manière aussi sûre et aussi prompte qu'en donnant une for-

(*a*) Puchta, Cursus der Institutionen, v. II. § 175, note *n*.

mule au *judex*. Aussi était-ce un principe généralement admis chez les Romains qu'en matière civile, comme en matière criminelle, l'institution d'un *judicium* n'était nécessaire que quand les faits étaient contestés (*b*). — Nous ne manquons pas de témoignages formels pour établir que le préteur pouvait aussi bien prononcer lui-même que le *judex* par lui nommé (*c*).

Les règles précédentes se rapportent aux *ordinaria judicia;* d'un autre côté, il n'est pas douteux que dans tout *extraordinarium judicium*, par exemple en matière de fidéicommis, le ma-

(*b*) Tacitus, Annal. XI, 6. « *non judicium* (*quippe ut in manifestos*), sed pœnam statui videbant. »

(*c*) L. 81, de jud. (V, 1) (Ulpian.) : « *Qui neque jurisdictioni præest,... neque ab eo qui jus dandorum judicum habet datus est,....* judex esse non potuit » (tous deux ont donc la même capacité pour prononcer le jugement d'un procès). — Paulus, V, 5 A, § 1 : « Res judicatæ videntur ab *his qui imperium potestatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur....* » Puchta corrige ainsi ce texte : « Res judicatæ videntur *a judicibus qui* ab his qui imperium, etc. Cette correction de Puchta ne repose ni sur une indication du manuscrit, ni sur aucune nécessité logique, mais uniquement sur le besoin d'écarter une objection contre son système. Le texte manuscrit s'accorde entièrement avec le passage d'Ulpien que j'ai cité. Quand le préteur jugeait sans *judex*, sa décision devenait pour l'avenir la base d'une *exceptio rei judicatæ* proprement dite, et ici point de difficulté. Quand au contraire il rejetait immédiatement l'action, ce qu'il faisait par un simple décret, la dénomination de *res judicata* devenait inexacte. Probablement on avait trouvé une forme pour assurer à ce décret l'autorité de la chose jugée. Voy. la fin de la note suivante.

gistrat appelé à prononcer rendait une décision investie de l'autorité de la chose jugée, et désignée sous le nom de *res judicata* (§ 282, *f*). C'est à tort que Puchta a mis cela en doute (*d*).

Cette dernière règle, qui du temps de la procédure par formules ne s'appliquait que comme une rare exception, devint la règle générale et unique, par l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*. La juridiction fut alors organisée comme elle l'est à présent dans tous les pays.

Ce que je viens de dire relativement aux formes du jugement, nécessaires pour constituer l'autorité de la chose jugée, a un intérêt purement historique. Je passe maintenant à une autre face de la question, beaucoup plus importante, surtout pour le droit nouveau et pour le droit actuel.

J'ai montré plus haut que, placé entre deux maux, l'incertitude perpétuelle du droit et le maintien éventuel d'un jugement erroné, on s'é-

(*d*) Puchta, Cursus der Institutionen, vol. II, § 177, note *o*. Il prétend que la décision ordinaire d'un *judex* engendrait réellement un nouveau droit, qui devait être reconnu à l'avenir par tout juge quelconque, mais que la décision d'un magistrat n'avait force obligatoire que pour les personnes soumises à sa juridiction. — Cette opinion est réfutée directement par l'autorité reconnue à l'aveu en matière de fidéicommis (§ 382, *f*), et en outre par l'autorité de la chose jugée attribuée au décret du magistrat qui admettait ou refusait une restitution. L. 1, C., Si sæpius (II, 44). Ce décret était aussi une décision *extra ordinem*.

tait volontairement résigné à ce dernier comme unique moyen d'éviter le premier, autrement inévitable (§ 280). Mais comme on ne méconnaît ni la nature ni l'importance du danger que la nécessité nous contraint d'accepter, il s'agit de le diminuer et de le renfermer dans des limites aussi étroites que possible.

Les moyens employés dans ce but sont les précautions prises pour la nomination de juges instruits, l'établissement de tribunaux composés de plusieurs juges, surtout enfin l'organisation qui soumet la décision des litiges non à un seul examen, mais à une série d'examens successifs.

Il semble au premier abord que cette organisation ne s'accorde pas avec l'importance que j'attachais en commençant cette recherche au règlement définitif de tout litige par une décision judiciaire. Mais alors j'avais en vue le contraste d'une incertitude dans les rapports de droit prolongée indéfiniment. Or, cela diffère entièrement de l'organisation dont je parle, et qui, pour arriver à une solution définitive, fait seulement passer le litige par différents degrés de juridiction. Quand l'administration de la justice est bien réglée, ces opérations n'exigent qu'un temps limité, et l'on est toujours certain qu'à une époque peu éloignée l'état du droit sera fixé invariablement.

Les avantages d'une semblable organisation

pour prévenir les jugements erronés ressortent des considérations suivantes. D'abord la révision d'un procès est en soi un puissant moyen pour les parties comme pour le juge d'approfondir un rapport de droit litigieux et de l'étudier sous ses différentes faces. Un avantage plus grand encore est de soumettre la décision définitive à un tribunal composé d'un plus grand nombre de juges choisis avec le plus grand soin, ce qui garantit la maturité de la décision.

Voici l'expression technique la plus usitée dans la pratique moderne pour désigner cette organisation. On appelle instances les différents degrés de juridiction ; elles se lient ordinairement à une subordination établie entre les tribunaux, et ainsi il y a une première et une seconde instance : néanmoins, le nouvel examen peut quelquefois, sous de certaines conditions, avoir lieu devant le même tribunal.

Je vais maintenant montrer l'origine de cette organisation chez les Romains.

Nous n'avons aucun témoignage qui établisse son existence du temps de la république libre, et c'est uniquement d'après de fausses inductions que l'on a cru en découvrir des traces (*e*). Il

(*e*) Hollweg, Prozesz, V. I, p. 347, note 1, réfute cette opinion erronée que Zimmern, Vol. III, p. 500, note 7, appuie sur de bien faibles arguments. Cicéron (in Verrem, II, 13) est plutôt contraire que favorable à ce système, car il accuse Verrès

manquait pour cela une condition essentielle, plusieurs magistratures exerçant les mêmes fonctions et subordonnées l'une à l'autre. Quoique d'un rang inférieur aux consuls, les préteurs en étaient tout à fait indépendants quant à leurs fonctions. On pourrait croire qu'il était permis d'appeler de la décision du *judex* devant le préteur qui l'avait nommé, mais précisément sur ce point nous n'avons aucuns témoignages qui se rapportent aux temps de la république.

D'un autre côté, il n'est pas douteux qu'à cette époque on pouvait mettre en question l'existence d'un jugement, ou bien sa régularité (*f*), et alors le préteur nommait un *judex* pour prononcer sur cette question comme sur tout autre rapport de droit litigieux. Mais ce débat sur l'existence ou la non-existence d'un jugement, qui n'est jamais qu'une rare exception, diffère entièrement des instances régulières, établies pour contrôler le contenu de chaque jugement, et pour le maintenir ou le changer d'après cet examen.

de s'être réservé par un décret de réformer les jugements des *judices*.

(*f*) C'est à cela que se rapporte une institution spéciale de l'ancien droit, la *sententiæ in duplum revocatio*. Cicero pro Flacco. C. 21. Paulus, V, 5 A, § 5, 7. Ce cas est aussi mentionné dans le Digeste. L. 1, pr., quæ sent. (XLIX, 8) : « Si quæratur judicatum sit, nec ne. » Ce texte est, à la vérité, d'un temps postérieur, mais sa pensée et ses expressions conviennent également aux temps anciens.

Dès le commencement de la domination impériale nous voyons une chose remarquable. Les instances s'établissent non d'une manière insensible et avec un développement progressif ; mais elles apparaissent tout à coup avec la plénitude de leur développement. Voici comment cela s'explique en partie. La condition essentielle des instances régulières, c'est-à-dire une subordination établie entre plusieurs magistratures, cette condition, qui manquait du temps de la république, existait sous l'empire. Personne en effet ne doutait que toutes les hautes magistratures, soit anciennes soit nouvelles, ne fussent subordonnées à l'empereur.

Aussi déjà Auguste nous apparaît comme le magistrat suprême devant lequel sont portées en dernier ressort les procès civils de tout l'Empire. Mais, vu l'impossibilité de traiter lui-même la plupart des affaires de ce genre, il délégua sa magistrature suprême à des magistrats qui le représentaient, les procès de Rome au préfet de la ville, ceux de chaque province à un personnage consulaire spécialement nommé à cet effet (*g*). A côté de l'empereur le sénat exerçait

(*g*) Sueton. August. C. 33. « Appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum præfecto delegabat urbis, at provincialium consularibus viris, quos singulos cujusque provinciæ negotiis præposuisset. » C'était une juridiction déléguée; aussi les sources du droit l'appellent tantôt *mandata*, tantôt *delegata jurisdictio*. Dig. 1, 21, et L. 1, de damno inf. (XXXIX,

aussi une pareille magistrature suprême (*h*). On ne pouvait appeler du sénat devant l'empereur (*i*), et toute espèce d'appel des décisions de l'empereur devait sembler une absurdité (*k*).

Nous ignorons si cette organisation remarquable fut simplement considérée comme une mesure administrative qu'impliquait de soi-même le pouvoir suprême d'un seul. Il se pourrait encore qu'elle ait été établie par un décret du peuple tel que la *Lex Julia judiciaria*. Son introduction fut probablement hâtée et favorisée par un besoin depuis longtemps senti, et qui ne trouva à se satisfaire qu'à la suite de grands changements politiques.

Quand l'organisation des instances eut atteint son entier développement, voici les degrés dont elle se composait :

On appelait de la décision du *judex* au magistrat qui l'avait nommé, jamais à un autre magistrat ou à un magistrat supérieur (*l*) ; on appe-

2). Mais le Digeste nous apprend que dans plusieurs cas l'empereur jugeait lui-même. — Voy., sur l'histoire des instances en général, Zimmern Rechtsgeschichte, Vol. III, § 170 ; Hollweg, Prozesz, Vol. I, § 32.

(*h*) Tacitus, Annal. XIV, 28.

(*i*) L. 1, § 2, a quibus app. (XLIX, 2).

(*k*) L. ,1 § 1, a quibus app. (XLIX, 2). « Et quidem stultum est illud admonere, a principe appellare fas non esse, cum ipse sit qui provocatur. »

(*l*) L. 1, § 3 ; L. 21, § 1, de appell. (XLIX, 1) ; L. 1, pr. L. 3, quis a quo (XLIX, 3). — Tous ces textes sont d'une

lait du préteur au préfet de la ville, et de ce dernier à l'empereur (*m*).

Cette organisation subsista pendant des siècles à côté de l'ancien *ordo judiciorum*, comme une de ses parties constitutives nouvellement ajoutée. Car il faut bien remarquer que toute instance supérieure se jugeait *extra ordinem* (*n*); le magistrat appelé ainsi à prononcer le faisait toujours sans *judex*. On vit donc pendant ce long espace de temps ce singulier phénomène, que précisément la partie la plus haute et la plus importante de la juridiction était en dehors de la forme toujours considérée comme base régulière de l'organisation judiciaire. Néanmoins ce n'est pas là une inconséquence ni l'indice que l'on fit moins de cas de cette base fondamentale, ou que peut-être on fût déjà disposé à l'abandonner. La marche adoptée était au contraire en harmonie avec les principes essentiels de l'administration de la justice. En effet les fonctions du juge peuvent se ramener à deux points principaux : rassembler les matériaux, et rédiger le jugement en première instance. La réunion des matériaux exige beaucoup de temps

date peu ancienne; mais il est possible et vraisemblable que l'appel du *judex* devant le préteur a commencé aussitôt que l'appel devant l'empereur en général eut fait naître l'institution des instances.

(*m*) L. 38, pr. de minor. (IV, 4).

(*n*) Hollweg Prozesz, Vol. 1, p. 348.

et de travail ; aussi le préteur avait-il besoin pour l'aider dans cette tâche d'un grand nombre de personnes privées, auxquelles il dictait le jugement sous une forme hypothétique. Dans les instances supérieures on se servait des matériaux ainsi préparés ; et quand il était nécessaire de les compléter, ce travail était comparativement de peu d'importance : aussi pouvait-on se passer du *judex*.

§ CCLXXXV. *Autorité de la chose jugée.* — I. *Conditions.* A. *Relatives à la forme* (Suite).

J'ai posé en fait que dès le commencement de la domination impériale l'empereur avait exercé les fonctions de juge suprême, auxquelles se rattachait l'organisation complète des instances. Mais on sait aussi que le caractère propre du changement politique alors opéré était d'éviter constamment l'apparence d'un nouveau pouvoir, et de rattacher l'autorité réelle à des magistratures anciennes et connues, mais qui, contrairement aux principes de l'ancienne constitution, étaient réunies en une seule personne. Du temps de la république le pouvoir judiciaire supême appartenait pour les affaires civiles à deux préteurs, et parmi les magistratures dont le titre et les fonctions passaient sur la tête de l'empereur, il n'y en avait aucune qui lui conférât

directement l'autorité judiciaire, du moins pour la ville de Rome (*a*). Il s'agit donc d'expliquer par quelle combinaison artificielle on rattacha cette autorité judiciaire suprême à d'anciennes magistratures, puisque c'était le seul moyen d'appliquer à la juridiction les principes adoptés pour l'établissement de la puissance impériale. L'appendice XV est consacré à cette recherche. J'y montre comment l'on arriva à employer comme désignations synonymes d'un appel porté devant un tribunal supérieur deux expressions techniques de l'ancienne constitution, différentes dans l'origine, *appellatio* et *provocatio*.

Les instances données, il devient nécessaire de distinguer deux espèces de jugements, les uns immuables, les autres susceptibles d'être changés par un juge supérieur. Je n'ai pas besoin de dire que l'influence sur le contenu des droits eux-mêmes, unique objet de la présente recherche (§ 170), appartient exclusivement aux jugements immuables, et sous ce rapport tout jugement susceptible d'une révision ultérieure ne doit être considéré que comme un acte provisoire, ou comme un des nombreux éléments de la procé-

(*a*) Ces pouvoirs étaient : tribunitia potestas, proconsularis potestas, imperium, præfectura morum, la dignité de pontifex maximus. A la *proconsularis potestas* seule était attachée directement une juridiction, mais renfermée dans des limites géographiques, et non une magistrature suprême supérieure à toutes les autres.

dure qui concourent à préparer une décision immuable et définitive.

La décision définitive, la seule dont nous ayons à nous occuper, est investie de l'autorité de la chose jugée, et cette expression technique, autorité de la chose jugée, qui sous une de ses faces reçoit ici sa complète détermination, a déjà été employée dans cette recherche pour désigner l'influence exercée sur le contenu des droits, et c'est là l'autre face de notre sujet.

Si maintenant on demande quelles sont les conditions nécessaires pour investir un jugement de l'autorité de la chose jugée, on peut répondre en général qu'un jugement a l'autorité de la chose jugée :

1) Quand toutes les instances ont été épuisées, et la dernière est, à Rome, le tribunal de l'empereur;

2) Quand le droit d'appel est périmé ou n'existe pas, ce qui a lieu par exception pour diverses espèces de procès. Ainsi, notamment, ce droit se perd par l'exécution volontaire du jugement ou par l'expiration du délai accordé pour interjeter appel.

Au reste, je ne fais ici que résumer sommairement ce sujet, dont l'examen approfondi rentre dans la théorie de la procédure.

J'ai cependant encore quelques observations à présenter sur la phraséologie romaine. Nous

avons coutume d'appeler le jugement investi de l'autorité de la chose jugée *res judicata*, et d'exprimer ainsi par *sententia* et *res judicata* la différence qui existe entre un jugement en général et un jugement investi de l'autorité de la chose jugée. Du temps de la république, où l'on ne connaissait pas les instances, tout jugement avait immédiatement l'autorité de la chose jugée, et dès lors l'expression de *exceptio rei judicatæ* pouvait très-bien suffire pour désigner l'exception fondée sur l'autorité de la chose jugée.

Mais quand les instances eurent été établies, on négligea de préciser la phraséologie. On continua d'appeler tout jugement *res judicata,* lors même qu'il était susceptible d'appel (*b*), ou que l'appel était déjà formé (*c*). Ainsi l'expression de *exceptio rei judicatæ* n'était plus bien choisie, car elle prêtait à la supposition erronée que l'exception pouvait être basée sur un jugement dépourvu de l'autorité de la chose jugée ou même réformé par un juge supérieur. Néanmoins personne ne s'y trompait, et le danger d'une erreur avait peu d'importance pratique, car dans tous les cas de ce genre il y avait déjà une *exceptio rei in judi-*

(*b*) L. 1, de re jud. (XLII, 1) (Modestinus) : « Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit. »

(*c*) L. 7, pr., de transact. (II, 15) : « Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris. » De même la L. 11, eod.

cium deductæ, produisant à peu près les mêmes effets que l'*exceptio rei judicatæ* (§ 281).

Le droit canon changea cette phraséologie, et établit celle qui depuis a été généralement adoptée (*d*). Ainsi on n'appelle plus *res judicata* un jugement en général, mais seulement celui investi de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire qui n'est plus susceptible d'être changé par un tribunal supérieur.

Si maintenant il y a une organisation d'instances et une autorité de la chose jugée exclusive de toute instance ultérieure, on comprend que ces rapports puissent être applicables au fond même de la procédure. On comprend aussi que l'on attribue l'autorité de la chose jugée ou que l'on soumette à la révision d'un tribunal supérieur diverses décisions qui, sans terminer le litige, en préparent la solution : tel sont les décrets préparatoires, les reconnaissances de preuves, etc.

Les règles et les conditions à établir en pareille matière rentrent dans le domaine de la théorie de la procédure, et sont tout à fait en dehors de notre sujet. Je n'en fais mention ici que pour prévenir le reproche d'avoir traité de l'autorité de la chose jugée sans embrasser complétement l'étendue dont est susceptible cette importante institution..

(*d*) C. 13, 15, X, de sentent. (II, 27).

§ CCLXXXVI. *Autorité de la chose jugée. — I. Conditions. — B. Contenu du jugement, comme base de l'autorité de la chose jugée. — Diverses espèces de jugements.*

L'autorité de la chose jugée est instituée dans le but de garantir à tout jugement son efficacité pour l'avenir (§ 281). On suppose donc une connaissance exacte de ce contenu qui fait la base de l'autorité de la chose jugée.

Pour arriver à la connaissance de ce contenu il faut d'abord énumérer toutes les hypothèses que peuvent présenter les jugements, c'est-à-dire les différentes espèces de jugements. Cela nous indiquera en même temps tout ce qui n'est pas le contenu d'un jugement et dès lors ne peut revêtir l'autorité de la chose jugée.

Ensuite il faut indiquer à quels signes on reconnaît le contenu d'un jugement.

Il n'y a et il ne peut y avoir que deux espèces de jugements par rapport à leur contenu (*a*) :

A) Condamnation du défendeur, c'est-à-dire jugement conforme aux conclusions du demandeur.

(*a*) L. 1, de re jud. (XLII, 1) : « Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit : *quod vel condemnatione vel absolutione contingit.* » — L. 3, C., de senten. (VII, 45) : « Præses provinciæ non ignorat, definitivam sententiam *quæ condemnationem vel absolutionem non continet pro justa non haberi.* »

B) Absolution du défendeur, c'est-à-dire jugement conforme à ses conclusions.

Avant d'analyser ces deux espèces de jugements, je dois parler de quelques autres catégories qui rendraient ma définition incomplète si elles existaient réellement. Ce sont : 1. Les jugements mixtes ; 2. Les jugements indéterminés ; 3. La condamnation du demandeur.

1) Jugements mixtes, c'est-à-dire qui contiennent partie condamnation, partie absolution.

Certes personne ne niera que ces jugements ne soient possibles, qu'ils ne soient même très-fréquents.

Néanmoins, au lieu de former en réalité une troisième espèce, le jugement se compose alors de deux parties bien distinctes, lors même qu'elles seraient réunies dans la même formule, et chacune d'elles constitue une pure condamnation ou une pure absolution.

Exemples : on réclame cent écus en vertu d'un contrat ; le juge en accorde soixante, et pour les quarante autres renvoie le défendeur des fins de la demande. Ou bien encore on réclame la propriété d'un immeuble ; le juge en accorde soit les deux tiers, soit certaines parties déterminées, et rejette la demande pour un tiers ou pour les autres parties déterminées.

Nous avons ici à signaler le caractère spécial de la procédure par formules chez les Romains.

Si l'action avait une *certa intentio* (*b*), le *judex* n'avait d'autre alternative que d'admettre ou de rejeter la demande tout entière, lors même qu'il la reconnaissait fondée en partie. Si donc le demandeur avait réclamé plus qu'il ne lui appartenait, il perdait aussi ce qui lui était dû, et cela non pour punir l'exagération de sa demande, mais uniquement parce que la rédaction de la formule ne laissait au *judex* à choisir qu'entre deux alternatives et n'admettait pas de moyen terme (*c*). Dans le cas d'une *incerta intentio* ce danger n'existait pas, puisque l'étendue de la condamnation était entièrement abandonnée à l'appréciation du juge. L'abolition de la procédure par formules fit disparaître cette restriction des pouvoirs du juge avec toutes ses conséquences (*d*), et alors s'établit pour toutes les actions l'état de chose naturel qui seul existe dans la procédure moderne.

Quand donc le demandeur réclame une chose déterminée, par exemple cent écus, cela implique toujours cent écus ou moins de cent écus,

(*b*) Par ex. : Si paret fundum Cornelianum Auli Agerii esse, ou : Si paret centum dari oportere... condemna, si non paret absolve.

(*c*) Le *si non paret absolve* (note *b*) comprenait aussi bien le cas où le défendeur devait soixante que celui où il ne devait rien ; dans l'un et l'autre cas le *judex* devait *absoudre*. Cf. vol. V, § 215, et Keller, § 56.

(*d*) § 33, J. de act. (IV, 6).

la somme enfin qui est réellement due. Le juge n'a donc d'autre obligation que de rien accorder au delà de la demande : dans ces limites il a latitude entière. Si donc la demande de soixante écus lui paraît justifiée il accorde les soixante écus et refuse les quarante autres. Il en est de même quand sur la revendication d'un immeuble il trouve la demande justifiée pour deux tiers ou pour un nombre d'arpents déterminé, car l'action doit toujours s'interpréter ainsi : je réclame tout l'immeuble ou la partie qui m'appartient.

Quant au résultat, peu importe que cette dernière proposition soit exprimée ou sous-entendue dans le jugement, car elle s'implique de soi-même quand elle est sous-entendue. Ce principe peut donc se formuler ainsi : tout jugement qui prononce contre le défendeur une condamnation moindre que la demande est toujours un jugement mixte, car il entraîne absolution pour la partie non accordée. Dans aucun cas, celle-ci ne peut jamais être réclamée de nouveau, lors même que le jugement prononcé n'en ferait aucune mention. — On peut aller encore plus loin et dire que tout jugement, celui même entièrement conforme aux conclusions du demandeur, doit être considéré comme un jugement mixte, car toujours il prononce tacitement que le demandeur n'a pas droit à davantage.

Ces principes peuvent se traduire par la formule suivante : tout ce qui faisant l'objet d'un litige pouvait être accordé par le jugement et ne l'a pas été (*d* 1) est considéré comme refusé ; en d'autres termes : le jugement fixe pour toujours le rapport de droit litigieux (*e*). De cette règle dérive aussi pour notre droit actuel cette application importante, que si le jugement ne parle ni de la *omnis causa* ni des frais du procès, ce silence équivaut à un refus exprès (f).

Ces règles une fois bien établies diminuent de beaucoup l'intérêt d'une question souvent

(*d* 1) La restriction que j'établis ici doit être soigneusement observée, comme seul moyen de ne pas tomber en contradiction avec le principe relatif au concours des actions. Ainsi, quand en vertu de la *condictio furtiva* on a demandé et obtenu l'indemnité due pour un vol, cela n'empêche pas de réclamer l'application de la peine en vertu de l'*actio vi bonorum raptorum* ou de l'*actio furti;* car dans la première instance le juge n'avait pas pouvoir de connaître de la peine, et dès lors son silence ne saurait être considéré comme une absolution. Cf. vol. V, § 233, *b*, § 234, *a*.

(*e*) Keller, p. 202, p. 584, note 3; Buchka, vol. II, p. 211, 212. — Ce principe important et fécond en conséquences se rattache historiquement à la convention (contrat ou quasi-contrat) par laquelle les parties se soumettent au jugement à intervenir. La chose deviendra encore plus évidente si l'on suppose, et cela avec assez de vraisemblance, que les stipulations faites lors de la *lit. cont.* contenaient toujours ces mots : Sententiæ stari, amplius non peti (Brisson. de form. VI, 184). Voy. plus haut, § 258.

(*f*) Intérêts moratoires. L. 13, C., de usur. (IV, 32); L. 4, C., depos. (IV, 34). — Dépens du procès. L. 3, C., de fruct. VII, 51).

controversée, celle de savoir si le demandeur qui, après un jugement rendu en sa faveur, n'a pas obtenu satisfaction, peut seulement intenter l'*actio judicati,* ou bien peut reproduire l'action déjà exercée. L'emploi de l'*actio judicati* rend la chose plus claire et plus simple; mais la reproduction de l'action primitive n'offre aucun inconvénient, pourvu qu'on la soumette aux restrictions établies plus haut, et que l'on repousse par l'exception de la chose jugée tout ce qui excède les termes du jugement. Mais ici nous devons aller plus loin. Comme la procédure moderne ne connaît ni les formules d'actions ni les dénominations qui distinguent leurs différentes espèces, et que tout dépend des conclusions des parties, nous manquons souvent d'un moyen sûr pour distinguer si l'action exercée est *l'actio judicati* ou plutôt la première action, sauf les restrictions établies plus haut.

La distinction ne se fait avec certitude que quand par hasard le demandeur réclame l'exécution du jugement sans mentionner le rapport de droit primitif, ou bien quand, au contraire, l'action n'a que ce rapport pour objet, et ne mentionne qu'en passant le jugement déjà prononcé.

Les choses se passent absolument de la même manière dans le cas d'une absolution complète. Elle embrasse non-seulement le total, mais chacune de ses divisions possibles, puisque le juge

pouvait en connaître. En effet l'action par laquelle on réclame cent écus devant toujours s'interpréter par cent écus ou moins de cent écus, le jugement qui rejette la demande exprime que le défendeur ne doit ni la somme réclamée ni une somme quelconque.

Les principes que je viens d'exposer ont toujours été suivis dans la pratique, malgré de nombreuses divergences dans la manière de les exprimer et d'en établir la base. Depuis la découverte de Gajus on a essayé divers moyens pour les rattacher aux institutions de l'ancienne procédure romaine, et de lui rendre ainsi en partie une vie artificielle. Tout en m'élevant contre une pareille tentative, j'observe que le débat a une nature purement théorique, puisqu'il porte sur l'enchaînement historique et sur la désignation de principes, dont le contenu et la verité sont complétement hors de doute.

De nos jours on a prétendu que la consommation de l'action et conséquemment la fonction négative de l'exception de la chose jugée subsistaient encore dans la procédure actuelle (§ 283, *b*). Sans doute ces institutions donnaient les mêmes résultats que les principes exposés plus haut, et plusieurs textes du droit romain (note *f*) y font évidemment allusion. Néanmoins ces institutions étaient déjà tombées en désuétude du temps de Justinien, et maintenant

nous arrivons aux mêmes règles pratiques mais par un autre chemin.

J'en dis autant de l'opinion d'autres auteurs, qui croient la novation de l'ancien droit romain encore applicable à la procédure actuelle. En effet, disent-ils, le jugement anéantit l'action primitive par voie de novation et lui substitue la *judicati actio* (*g*). La conséquence que l'on veut tirer de là pour la pratique est vraie, mais elle est mal déduite et mal caractérisée. La novation judiciaire, mentionnée très-rarement même dans les écrits des anciens jurisconsultes nouvellement découverts, était probablement limitée aux cas où la consommation de l'action s'opérait *ipso jure ;* et ces cas, devenus absolument impossibles plusieurs siècles avant Justinien n'avaient jamais reçu d'extensions positives. J'ai montré plus haut comment la procédure moderne était arrivée par d'autre, moyens au même résultat pratique.

Résumons maintenant cette discussion. Les Romains avaient dans leur procédure d'anciennes institutions tombées en désuétude longtemps avant Justinien, et qui ne nous sont connues que depuis un certain nombre d'années. Plusieurs parties de ces institutions appartiennent à la forme et à l'histoire, d'autres répondent à des besoins

(*g*) J'ai déjà approfondi cette question § 258, et surtout note *f*.

généraux et permanents que ces formes historiques étaient alors destinées à satisfaire. Pendant les quinze siècles écoulés depuis la disparition de ces formes, les besoins de la pratique ont continué de subsister, et pour leur donner satisfaction on a tenté divers moyens, plus ou moins heureux, plus ou moins bien combinés. Aujourd'hui ces anciennes formes nous ont été révélées, et nous trouvons que les Romains en ont fait usage pour répondre à des besoins pratiques que l'on a toujours ressentis. Nous ne devons donc pas nous étonner si en établissant ces formes les Romains ont été guidés non par un caprice aventureux, mais par cet esprit vraiment pratique qui les distingue à un si haut degré.

Les découvertes modernes nous montrent donc que nous nous sommes approprié la partie essentielle de ces anciennes institutions sous d'autres formes et sous d'autres noms, et cette confirmation de la légitimité de nos procédés est pour nous un spectacle attachant et instructif. Mais devons-nous pour cela ressusciter les anciens noms et les anciennes formes, et parler aujourd'hui de consommation d'action, de fonction négative, de novation? Je condamne hautement cette érudition, comme fausse et décevante, et ne pouvant que nous éloigner de la vérité.

Je dois notamment signaler ici une analogie

qui existe entre le droit actuel et l'ancien droit. D'après le principe que j'ai formulé plus haut (p. 309) il s'agit uniquement de préciser l'objet du litige et de savoir ainsi ce qui a été soumis à la décision du juge. Cela peut se traduire par une expression technique de l'ancien droit romain : il s'agit de savoir ce qui a été amené *in judicium*. Observons néanmoins que les Romains déterminaient l'étendue de ce qui avait été *in judicium deductum* d'après la *formula*, et surtout d'après son *intentio*. Nous n'avons pas une forme de procédure aussi rigoureuse et aussi régulière, et nous ne pouvons recourir qu'à l'acte indicatif de la demande, et ainsi notre appréciation de l'objet du litige est en même temps plus libre, mais aussi moins précise et moins sûre que celle des Romains. Nous avons donc encore ici l'analogie d'une ancienne institution romaine, dont l'étude approfondie peut nous fournir des points de comparaison instructifs, mais qui nous égarerait si nous cherchions à en faire une application immédiate.

2) Jugements indéterminés.

Dans les procès criminels chez les Romains, on distribuait à chaque juge trois tablettes portant l'une un C (*condemno*), l'autre un A (*absolvo*), et la troisième NL (*non liquet*). Si la majorité se déclarait pour le *non liquet*, d'après une opinion longtemps dominante chez les auteurs

modernes, l'accusé n'était pas déclaré innocent, mais renvoyé sans aucune peine, ce qui équivaudrait à un acquittement faute de preuves suffisantes. On pourrait croire que les procès civils sont susceptibles d'être jugés d'une manière semblable.

Mais déjà pour les procès criminels les choses ne se passaient pas ainsi qu'on le prétend. Lorsque la majorité des juges se rangeait pour le *non liquet*, le préteur qui les présidait ne prononçait pas : *non liquet,* ce qui eût laissé l'affaire indécise pour un temps indéterminé, peut-être pour toujours, mais il ordonnait un *amplius*, c'est-à-dire qu'il renvoyait l'affaire à une autre audience, et les débats se continuaient jusqu'à ce que les juges pussent prononcer en connaissance de cause. Ainsi donc les procès criminels se terminaient toujours par une condamnation ou par une absolution, jamais par une déclaration d'incertitude (*h*).

De même aussi les procès civils se sont terminés de tout temps par une condamnation ou une absolution, ce qui comprend les jugements mixtes; et une déclaration de *non liquet* ne fut jamais possible.

La rédaction de la formule : *Si paret con-*

(*h*) Ce sujet a été traité avec détails et profondeur par Geib, Geschichte der Römischen criminal Prozesses; Leipzig, 1842, p. 568-583.

demna, si non paret absolve, n'admettait pas de moyen terme (note *b*), et le second membre de l'alternative, *si non paret,* embrassait non-seulement les cas où le *judex* était convaincu que le défendeur ne devait pas être condamné, mais encore ceux où il n'avait absolument aucune conviction. Ce principe, que nous avons vu sanctionné par les formules romaines, au point de vue des théories modernes sur la procédure, s'exprime ainsi : d'après les règles établies en matière de preuves, le juge doit rejeter comme non fondée toute action dont le demandeur n'établit pas la légitimité. C'est toujours le même principe, sauf la différence des termes.

Il me reste maintenant à expliquer certains textes qui pourraient faire croire à l'existence des jugements indéterminés.

Aulu-Gelle rapporte qu'il fut appelé à prononcer comme *judex* sur un prêt réclamé sans preuves par un homme très-honnête et dénié par un défendeur d'une probité suspecte. En prêtant le serment *mihi non liquere*, j'évitai, dit-il, l'embarras d'avoir à juger contre ma conviction personnelle (*i*). S'il fallait conclure de là qu'un jugement de *non liquet* eût été prononcé, ce texte contredirait ce que j'ai avancé plus haut; mais

(*i*) Gellius, XIV, 2 : « et propterea juravi, mihi non liquere atque ita judicatu illo solutus sum. »

la déclaration d'Aulu-Gelle eut pour résultat de l'exclure du *judicium* et de le faire remplacer par un autre *judex* (*k*).

De même il peut arriver dans un tribunal composé de plusieurs juges que l'un d'eux affirme *sibi non liquere*, tandis que les autres sont d'accord sur la sentence. Cette sentence est tout aussi valable que si ce juge eût exprimé une opinion contraire à l'avis de la majorité (*l*).

Quand un arbitre nommé pour prononcer dans un certain délai jure *sibi nondum liquere*, ce délai doit être prolongé (*m*); ainsi donc il n'y a pas non plus dans ce cas lieu à un jugement de *non liquet*.

3) Condamnation du demandeur.

Dans l'énumération que je faisais plus haut des divers jugements possibles je n'ai pas mentionné ce cas, et il ne figure ici que pour mémoire; j'en parlerai lorsque je traiterai (§ 288, 289) du jugement rendu conformément aux conclusions du défendeur.

(*k*) De même on nommait un nouveau *judex* si avant le jugement le premier mourait ou était frappé d'aliénation mentale : c'était toujours le même *judicium*, la personne était seule changée. L. 32, 46, 60, de jud. (V, 1).

(*l*) L. 36, de re jud. (XLII, 1). Ici encore le dissentiment n'est qu'individuel, et le jugement ne renferme pas la formule : *Non liquet*.

(*m*) L. 13, § 4, de receptis (IV, 8).

§ CCLXXXVII. *Autorité de la chose jugée. — I. Conditions. — B. Contenu du jugement comme base de l'autorité de la chose jugée. — Condamnation du défendeur.*

Après avoir ainsi écarté diverses hypothèses relatives au contenu des jugements, j'arrive à l'examen approfondi des deux cas désignés plus haut (§ 286) en ces termes :

Condamnation du défendeur, et absolution du défendeur, afin de déterminer ce qui dans l'un ou dans l'autre cas doit être considéré comme le véritable contenu du jugement.

Condamnation du défendeur. Nous devons nous reporter ici aux deux espèces principales d'actions, les actions personnelles et les actions *in rem* (§ 206, 207).

Pour les actions personnelles la condamnation est fort simple ; elle porte toujours sur un acte ou une abstention déterminée imposée au défendeur, dans les termes de l'obligation qui sert de base à l'action exercée.

Les actions *in rem* sont toujours fondées sur un rapport du droit des choses, droit de succession ou droit de famille, que s'attribue le demandeur. La condamnation contient d'abord et directement la reconnaissance en la personne du demandeur du rapport de droit litigieux, ensuite et par voie de conséquence la nécessité d'un

acte ou d'une abstention imposée au défendeur.

Le rapport de droit ainsi fixé par suite d'une action *in rem* est ordinairement un droit exclusif, qui ne peut appartenir qu'à l'une ou à l'autre des parties, et quelquefois même il n'appartient à aucune d'elles. Ainsi donc la condamnation qui reconnaît l'existence de ce droit en la personne du demandeur le dénie implicitement au défendeur. Le jugement n'a pas besoin d'exprimer cette seconde proposition, et ordinairement il ne l'exprime pas, mais elle est toujours sous-entendue (*a*).

Enfin pour les deux espèces d'actions je reproduis l'observation déjà faite, qu'en un sens toute condamnation renferme une déclaration mixte qui s'implique de soi-même et peut s'exprimer ainsi : le droit du demandeur et l'obligation du défendeur ne s'étendent pas au delà des termes du jugement (§ 286).

Ces principes sur le contenu véritable de toute condamnation sont fondés sur la nature même

(*a*) L. 15, de exc. r. j. (XLIV, 2) : « quia *eo ipso* quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur *tuam non esse.* » — L. 30, § 1, eod. : « Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatæ exceptionem : *quoniam de ejus quoque jure quæsitum videtur, cum actor petitionem implet.* » — L. 40, § 2, de proc. (III, 3) : « nam cum judicatur rem meam esse, *simul judicatur illius non esse.* »

des choses, et n'ont pas un caractère historique. Mais quand on examine le développement particulier du droit romain, on peut se demander si ces principes ont été appliqués dans tous les temps et à toutes les espèces d'actions.

Une règle spéciale de la procédure par formules, et qui fut en vigueur tant que subsista cette procédure, semble légitimer le doute ; en effet, d'après cette règle, les condamnations ne pouvaient jamais porter que sur une somme d'argent (*b*). Il semblerait donc que pour les actions *in rem*, comme pour les actions personnelles, la condamnation exprimait une prestation imposée au défendeur, et non pas la reconnaissance d'un droit appartenant au demandeur.

Avant de chercher à résoudre ce doute, posons les limites dans lesquelles il doit être renfermé.

Cette règle n'existait pas dans le droit romain primitif, c'est-à-dire avant l'introduction des *formulæ*; elle cessa de subsister en même temps que la procédure par formules. On revint alors à l'état naturel du droit ; et depuis l'abolition de la procédure par formules, comme avant son établissement, les jugements ordonnèrent la restitution de la chose litigieuse, non la prestation d'une somme d'argent, et reconnurent

(*b*) Gajus, IV, § 48.

ainsi directement le droit du demandeur (*c*).

Ensuite il ne faudrait pas croire que du temps même de la procédure par formules, le contraste des actions *in rem* et *in personam* ait été méconnu ou moins tranché, l'*intentio* exprimait nettement ce contraste par la rédaction suivante : rem *actoris esse*, ou bien : reum *dare oportere* (*d*). — Nous savons même, d'après le témoignage non équivoque de plusieurs textes, que du temps de la procédure par formules l'existence du droit en la personne du demandeur était réellement reconnue (*e*). Indépendamment de ces témoigna-

(*c*) § 2, J., de off. jud. (IV, 17) : « Et si in rem actum sit... sive contra possessorem (judicaverit), jubere ei debet *ut rem ipsam restituat cum fructibus*. » — § 32, J., de act. (IV, 6), L. 17, C., de fideic. (VII. 4); L. 14, C., de sentent. (VII, 45).

(*d*) Gajus, IV, § 41, 86, 87.

(*e*) L. 8, § 4, si serv. (VIII, 5) : « per sententiam non debet servitus constitui, *sed quæ est declarari*. » — L. 35, § 1, de rei vind. (VI, 1) : « Ubi autem alienum fundum petii, et judex *sententia declaravit meum esse*. » — L. 58, eod. : « Sed si... de ipso homine *secundum petitorem judicium factum esset*, non debere ob eam rem judicem, quod hominem non traderet, litem æstimare. » — L. 9, pr., §1, de exc. r. j. (XLIV, 2) : « sive fuit judicatum, *hereditatem meam esse*, » et plus loin : « re secundum petitorem judicata... replicare eum oportere, de re secundum se judicata. » — L. 3, § 3, de rebus eorum (XXVII, 9) : « si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et *contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt*. » — L. 11, § 3, de jurej. (XII, 2) : « Si... juravero... id consequi debeo, quod haberem, *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset*. » — L. 6, § 2, de confessis (XLII, 2) : « Sed et si.. confessus, perinde habearis, atque *si dominii mei fun-*

ges particuliers, la certitude de ce fait ressort avec évidence de l'ensemble des principes établis sur l'autorité de la chose jugée, comme on le verra plus bas.

Enfin l'on ne doit pas oublier que pour les actions résultant de la propriété et du droit de succession; il existait trois différentes formes applicables, suivant les circonstances : une *legis actio* devant les centumvirs, une action avec *sponsio*, et l'*arbitraria actio*, conservée seule dans le droit nouveau (*f*). Le doute ne saurait porter sur les deux premières formes. En effet, la première était soumise aux règles du droit primitif, et non à celles de la procédure par formules; la seconde avait précisément pour objet de porter exclusivement le débat sur l'existence même du droit (*g*). Le doute se trouve donc restreint au cas de l'*arbitraria actio*, c'est-à-dire de la *petitoria formula*, et l'on va voir que réduite à ces termes la question perd beaucoup de son intérêt.

dum esse pronuntiatum esset. » — Enfin aussi L. 15, L. 30, § 1, eod. — L. 40, § 2, de proc. (Voy. plus haut note *a*).

(*f*) Gajus, IV, § 91-95.

(*g*) Gajus, IV, § 93-94. On faisait la *sponsio* suivante : Si homo quo de agitur ex jure quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Si le juge déclarait la somme perdue, il n'en résultait pas qu'elle dût être payée, mais que la condition de la *sponsio* (*l'existence de la propriété*) était établie judiciairement. Cela s'exprimait ainsi : Nec enim pœnalis est (sponsio), sed præjudicialis.

Nous savons avec certitude que le jugement définitif portait sur une somme d'argent, et non sur la chose litigieuse. Nous savons avec la même certitude que l'existence de la propriété était fixée d'une manière définitive par l'autorité de la chose jugée. Maintenant comment expliquer cette contradiction apparente ? Dans quelle forme un jugement restreint au payement d'une certaine somme pouvait-il en même temps assurer à la propriété l'autorité de la chose jugée?

Voici quel était en semblables circonstances le complet développement d'une *arbitraria actio* (*h*). Dès que le *judex* était convaincu du bon droit du demandeur, il exprimait cette conviction en sommant le défendeur de satisfaire volontairement le demandeur, c'est-à-dire de restituer la chose litigieuse. Si le défendeur obéissait à ce *jussus* ou *arbitratus* son absolution était prononcée; s'il résistait, il était condamné, non à restituer la chose, mais à payer une somme d'argent, et cette condamnation l'exposait à de grands dangers.

Ainsi donc la sommation de restituer était précédée par une déclaration du *judex* qui reconnaissait expressément l'existence du droit en la personne du demandeur. Le mot technique employé pour désigner cette déclaration était *pro-*

(*h*) J'ai traité ce sujet avec détails, vol. V, § 221-228.

nuntiatio. Là était la base immuable de l'autorité de la chose jugée, et c'est en invoquant cette *pronuntiatio* que le demandeur opposait à toute demande judiciaire ultérieure une *exceptio rei judicatæ* (*i*). La preuve directe que les choses se passaient ainsi se trouve dans un ouvrage récemment découvert, les scholies grecques sur le Digeste de l'*Antecessor* Stephanus. On y voit l'expression technique *pronuntiatio* employée dans cinq textes différents, et toujours expliquée dans le sens que je viens d'exposer (*k*). Cela s'accorde avec de nombreux textes du Digeste où les mots *pronuntiatio* et *pronuntiare* ont évidemment la même signification (*l*). C'est d'après ces textes, qu'antérieurement à la découverte des scholies de Stephanus plusieurs auteurs avaient déjà reconnu et exposé les vrais principes en cette matière (*m*). Lors

(*i*) La question de savoir si cette *pronuntiatio* était appelée ordinairement, ou seulement par exception, *sententia* est assez indifférente : j'y ai attaché autrefois plus d'importance qu'elle ne mérite.

(*k*) Zachariä v. Lingenthall, Von der Pronuntiatio, Zeitschrift f. geschichtl. Rechtsw., vol. XIV, p. 95-126.

(*l*) Voy. plus haut notes *a* et *b*. Plusieurs autres textes du même genre sont cités dans Zachariä, p. 101-102.

(*m*) Keller, § 27-31; Wetzell, Vindicationsprozesz, p. 107-110. Ce dernier auteur impose d'une manière trop rigoureuse le caractère de *præjudicium* proprement dit à la décision préliminaire du *judex*, et par là il établit une trop grande identité entre la procédure par *sponsio* et la *petitoria formula*. Mais ici la différence est plus dans la forme et dans l'expression que dans le fond des choses.

même que l'acte désigné par le mot *pronuntiatio* ne serait pas intervenu, le jugement aurait toujours pu motiver l'exception de la chose jugée, s'il résultait évidemment de ses termes que la reconnaissance de la propriété était la base et la condition de l'indemnité accordée au demandeur. Je ne saurais quant à présent justifier cette assertion, car cette discussion rentre dans une question que j'examinerai plus bas, la question de savoir si l'autorité de la chose jugée appartient aux motifs du jugement. Par cette remarque j'ai voulu signaler que l'efficacité attribuée ici à la *pronuntiatio* n'est pas une institution accidentelle et arbitraire, mais qu'elle est intimement liée aux principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. La *pronuntiatio* servait à constater et à mettre hors de doute l'existence des motifs de la décision rendue.

§ CCLXXXVIII. *Autorité de la chose jugée.* — I. *Conditions.* — B. *Contenu du jugement comme base de l'autorité de la chose jugée.* — *Absolution du défendeur.*

J'arrive au second des cas que peut présenter le contenu d'un jugement (§ 287), l'absolution du défendeur. Quelle est sa signification propre, et quels sont ses effets?

L'absolution du défendeur, identique au rejet

de la demande, par son contenu est purement négative ; elle ne saurait impliquer la reconnaissance d'un droit appartenant au défendeur. Cette différence importante et radicale entre l'absolution et la condamnation peut s'exprimer en ces termes : la condamnation assure au demandeur tant une action qu'une exception pour en user suivant ses besoins, l'absolution en soi assure au défendeur une exception, mais point d'action.

Cette restriction repose sur la nature même du litige. En effet, tout demandeur réclame l'assistance du juge pour changer un état de choses qui n'est pas conforme au véritable droit. Le juge, dans sa sagesse, accorde ou refuse son assistance ; mais il n'y a rien dans l'action exercée qui motive un autre acte du juge, surtout un acte préjudiciable au demandeur.

La rédaction de la *formula* romaine : *Si paret condemna, si non paret absolve*, exprime cette différence et en prouve la réalité. Le *condemna* implique la nécessité d'un acte positif imposé au défendeur, le *absolve* renferme simplement la négation de toute intervention. Telle est l'alternative dans laquelle le magistrat place le *judex ;* il ne lui ordonne et ne lui permet rien de plus.

L'application de cette règle aux actions personnelles ne souffre aucune difficulté. Le demandeur prétend établir la nécessité d'un acte déter-

miné imposé au défendeur, le juge décide que cette nécessité n'existe pas.

Il n'en est pas tout à fait de même pour les actions *in rem*. Dans les cas les plus ordinaires et les plus importants, quand il s'agit de la propriété ou d'un droit de succession, le débat porte sur un droit exclusif de sa nature; et ainsi son existence en la personne de l'une des parties implique nécessairement que l'autre n'y saurait prétendre (§ 287).

Quand le demandeur affirme qu'un de ces droits existe en sa personne, le défendeur peut combattre cette assertion de différentes manières. Il peut se borner à détruire les preuves du demandeur; il peut aussi prétendre et établir que le droit litigieux existe en sa propre personne, et alors, d'après notre règle, l'affirmation du demandeur se trouve implicitement détruite.

Maintenant si le défendeur adopte ce dernier parti, et réussit à convaincre le juge de l'existence de son droit, on pourrait croire que le jugement doit reconnaître ce droit et condamner le demandeur, par cela même assurer pour l'avenir au défendeur une action et une exception. Néanmoins cela n'a pas lieu; ici encore le juge se borne à rejeter la demande, et sa décision est absolument la même, soit que le défendeur ait prouvé que la propriété lui appartient, soit que le demandeur n'ait pas établi son droit.

La vérité de cette doctrine résulte des règles générales établies pour toutes les actions, et notamment de l'alternative exprimée par la *formula* romaine : *Si paret condemna, si non paret absolve,* et qui s'appliquait également aux actions *in rem* et aux actions personnelles.

La preuve directe de ce que j'avance se trouve dans un texte important de Gajus (*a*), dont je vais exposer la pensée et l'enchaînement, afin d'arriver au passage décisif sur la question qui nous occupe.

Toi et moi, dit Gajus, nous sommes en procès relativement à une succession. Chacun de nous prétend être seul héritier, et détient des biens dépendant de la succession. D'où il résulte que chacun de nous peut exercer contre l'autre l'action en pétition d'hérédité. Si je forme le premier ma demande, que j'obtienne un jugement, et qu'ensuite tu veuilles diriger une action contre moi, il s'agit de savoir si cette action est admissible, ou si elle doit être repoussée par l'exception de la chose jugée. Tout dépend alors du contenu du jugement. S'il prononce contre toi une condamnation, l'exception est valable, car la qualité de seul héritier reconnue en ma personne implique nécessairement que cette qualité ne t'appartient pas (§ 287, *a*). Si au contraire ma demande

(*a*) L. 15, de exc. r. j. (XLIV, 2) (Gajus, lib. 30, ad ed. prov.). Voy. sur ce texte Keller, p. 224.

a été rejetée, le jugement en soi ne forme aucun obstacle à ton action, et rien n'enchaîne la décision du juge; il peut me condamner ou rejeter ta demande, car il se pourrait qu'aucun de nous ne fût héritier. — Je transcris littéralement la dernière partie du texte, où notre question se trouve résolue :

Interest utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei judicatæ exceptio : quia eo ipso quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse. Si vero meam non esse, *nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua.*

Ici évidemment Gajus n'admet comme possibles que deux décisions; une condamnation ou une absolution qui en soi laisse entiers les droits du défendeur, et par conséquent ne peut avoir aucune influence sur un procès ultérieur relatif à ces droits. L'auteur de ce texte n'admet donc pas que le jugement puisse attribuer au défendeur la qualité d'héritier, car il a voulu évidemment énumérer toutes les solutions dont est susceptible le premier procès

La confirmation indirecte de notre règle se trouve dans la décision d'un cas analogue, bien qu'au premier abord il semble la contredire. Le serment décisoire qui termine un procès a, quant à ses effets, beaucoup d'analogie avec le

jugement ; aussi les voit-on souvent représentés comme des actes judiciaires de la même espèce (*b*). Maintenant si le demandeur auquel on défère le serment jure qu'il est héritier (ou propriétaire), il acquiert pour l'avenir une action et une exception : si le défendeur jure que le demandeur n'est pas héritier ou n'est pas propriétaire, ce serment ne lui procure qu'une simple exception (*c*). Jusqu'ici ces deux cas sont absolument semblables.

Mais le serment admet encore une autre hypothèse. En effet, celui qui défère le serment peut le déférer dans la forme qui lui plaît. Ainsi, le demandeur peut sommer le défendeur de jurer que lui défendeur est propriétaire. Ce serment une fois prêté le défendeur acquiert pour l'avenir non-seulement une exception, mais encore une action, comme l'atteste formellement Ulpien. D'abord il parle du cas mentionné plus haut, où le défendeur jure que le demandeur n'est pas propriétaire, et il dit que de ce serment résulte simplement une exception et pas d'action (*d*) :

Sed si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque *rem petitoris non esse*.... exceptione jurisjurandi utetur... actionem non habebit...

(*b*) L. 11, § 3, de jurej. (XII, 2) : « Si juravero... hereditatem meam esse, id consequi debeo quod haberem *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset.* »

(*c*) L. 11, § 3, cit. L.; 7, § 7, de public. (VI, 2).

(*d*) L. 11, pr., § 1, de jurej. (XII, 2).

non enim *rem suam esse* juravit, sed *ejus non esse*.

Il passe ensuite au cas dont j'ai parlé en dernier lieu, celui où le défendeur jure que lui-même est propriétaire, et alors Ulpien lui donne aussi une action.

Proinde si, cum possideret, deferente petitore, *rem suam esse* (*e*) juravit, consequenter dicemus... actionem in factum ei dandam.

Voilà précisément le résultat que ne peut jamais avoir, suivant moi, une décision judiciaire, car j'ai déjà dit qu'en vertu d'un semblable jugement le défendeur n'acquiert jamais d'action. Ainsi donc j'enseigne que sur ce point il y a une complète différence entre les effets du jugement et ceux du serment décisoire.

Le motif essentiel et nécessaire de cette différence n'est pas difficile à découvrir. Le serment décisoire a tous les caractères d'une transaction (*f*), car celui qui remet la décision d'un procès à la conscience de son adversaire agit de son plein gré, et dicte les termes du serment. Ainsi, quand il somme le défendeur de jurer que lui défendeur est propriétaire, il doit accepter

(*e*) Le manuscrit de Florence porte : *rem suam juravit* sans *esse*, ce qui ne change pas le sens de la phrase, mais lui donne de la dureté. On trouve *esse* non-seulement dans Haloander, mais aussi dans la Vulgate; Gebauer n'en a pas fait mention.

(*f*) L. 2, de jurej. (XII, 2).

toutes les conséquences d'un serment prêté en ces termes, puisqu'il l'a volontairement provoqué.

Rien de semblable pour le jugement. Ici rien n'est laissé à l'arbitraire des parties, tout s'opère d'après des règles de droit rigoureusement déterminées. Il est donc également équitable de refuser au jugement d'absolution l'extension dont il s'agit et d'admettre que le demandeur peut s'y soumettre volontairement (*g*).

Il résulte de cette recherche que le contenu d'un jugement ne peut avoir pour objet que la condamnation ou l'absolution du défendeur, — jamais la condamnation du demandeur (*h*).

J'ai posé ce principe comme règle, et j'ai cherché à dissiper les doutes élevés contre sa légitimité. Maintenant on prétend que cette règle souffre des exceptions; je montrerai que ces prétendues exceptions n'ont qu'une apparence de réalité.

(*g*) Je montrerai plus bas (§ 291, 292) que cette impossibilité de la condamnation du demandeur a dans la pratique des conséquences moins rigoureuses qu'on ne pourrait le croire au premier aspect.

(*h*) La condamnation du demandeur aux dépens du procès ne fait aucun doute, mais ne rentre pas dans les exceptions dont je parle. Cette condamnation repose sur les obligations spéciales résultant de la procédure, et ici je m'occupe des effets du jugement sur les rapports de droit qui existent entre les parties, et cela indépendamment du procès.

§ CCLXXXIX. *Autorité de la chose jugée. — I. Conditions. — B. Contenu du jugement comme base de l'autorité de la chose jugée. — Impossibilité de la condamnation du demandeur.*

On prétend qu'il y a deux cas où, par exception, le demandeur peut être condamné : ce sont la *duplex actio* et l'action reconventionnelle. Ces deux cas présentent des analogies et des différences ; mais ils ont cela de commun, que chacune des parties est réellement tout à la fois demandeur et défendeur, mais sous des rapports différents. Si donc le demandeur originaire se trouve condamné, ce n'est pas en sa qualité de demandeur, mais en sa qualité de défendeur. Ces deux cas nous offrent donc des applications et des confirmations de la règle, nullement des exceptions.

I) Duplex actio.

J'ai déjà parlé (§ 225) de cette espèce d'actions. Elles ont pour trait distinctif que cette double qualité des parties ne tient pas à une volonté arbitraire du défendeur, mais à la nature même de l'action ; dès que ces circonstances existent, le juge ne peut donc se dispenser d'y avoir égard.

Parmi ces actions figurent les trois actions en partage, et les deux interdits *uti possidetis* et *utrubi*.

La formule des actions en partage se compo-

sait de deux parties; l'une personnelle, l'autre ayant trait à une adjudication. — Quand je traiterai de l'action reconventionnelle, je montrerai comment devait être conçue la première pour attribuer à chacune des parties la qualité de demandeur et de défendeur. — Quant à l'adjudication, elle était présentée sous une forme impersonnelle, et en cela elle ressemblait à l'*intentio* d'une action *in rem* (*a*).

La formule des deux interdits dont je viens de parler s'adressait également aux deux parties (*b*), et ainsi elle exprimait directement que les deux parties devaient conserver leurs positions respectives, sans distinguer comme pour les autres actions le demandeur du défendeur.

II) Actions reconventionnelles (*c*).

Quand sur une action exercée le défendeur

(*a*) Gajus, IV, § 42 : « Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato. » Le nom de Titius paraît mal s'accorder avec le caractère d'impersonnalité attribué à la formule, et pourrait bien n'être qu'une fausse leçon du manuscrit. Les noms ordinaires des parties Aulus Agerius et Numerius Negidius semblent avoir été évités à dessein. Le sens, qui n'est nullement douteux, serait très-bien rendu par *utrique* ou *alterutri*, puisque, suivant les circonstances, la totalité est attribuée à l'une des parties ou partagée entre chacune d'elles.

(*b*) L. 1, pr., uti poss. (XLIII, 17) : « Uti... possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. » — L. 1, pr., de utrubi (XLIII, 31) : « Utrubi hic homo... fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. »

(*c*) Voyez notamment Linde, Lehrbuch, § 95, 211.

porte devant le même juge une action dirigée contre le même demandeur, cette seconde action est appelée reconventionnelle, pourvu qu'elle ait de la connexité avec la demande principale (*d*).

Il y a deux espèces de connexités.

1) L'une résulte uniquement de ce que le premier demandeur est obligé de comparaître devant un magistrat dont il aurait pu, sans cela, décliner la juridiction (connexité improprement dite). Celle-ci est tout à fait hors de notre sujet; du reste, elle existait déjà en droit romain (*e*).

(*d*) Ainsi, donc il ne faut pas confondre avec le cas qui nous occupe tous ceux où les mêmes parties soutiennent devant le même juge plusieurs procès *n'ayant entre eux aucune connexion*, ce qui chez les Romains pouvait avoir lieu devant le même *judex*, comme aujourd'hui devant le même tribunal. La même personne peut être demanderesse dans tous ces procès (L. 18, de except. XLIV, 1), chacune des parties peut y avoir des rôles opposés (L. 18, pr., maud. XVII, 1; L. 18, pr., de compens. XVI, 2; L. 1, § 4, quæ sent. XLIX, 8), sans que pour cela il y ait action reconventionnelle. Ainsi donc l'expression *mutua petitio*, que l'on applique aux cas de cette seconde espèce, et même à la simple exception de la compensation (L. 6, C., de comp. IV, 31, L. 1, C., rer. amot. V, 21) n'est pas une désignation certaine de l'action reconventionnelle, pour laquelle les Romains n'ont pas d'expression technique. Le mot *reconventio* ne se trouve dans aucun texte authentique (la L. 5, C., de fruct., VII, 51, est restituée); il a été introduit par le droit canon.

(*e*) L. 22, de jud. (V, 1). — Si la première action était *extraordinaria*, l'action reconventionnelle était aussi portée devant le *præses* sans *judex*. L. 1, § 15, de extr. cogn. (L. 13). — Si au contraire la première action avait été portée devant un magistrat municipal, qui ne pouvait juger que jusqu'à une

2) L'autre est plus profonde, car elle réunit l'instruction des deux affaires, et les termine par un seul et même jugement; c'est ce que les auteurs modernes appellent *simultaneus processus*.

Ce cas rentre dans la présente recherche, car la connexité influe alors sur le contenu du jugement, et quelquefois elle détermine une condamnation, prononcée en apparence contre le demandeur, condamnation dont j'ai nié absolument la possibilité.

Cette espèce de connexité existait en droit romain, et même au temps de l'ancienne procédure par formules. Il s'agit seulement de savoir comment on pouvait réunir deux procès différents dans une seule et même formule.

La chose était possible, mais aux conditions suivantes : l'action reconventionnelle devait avoir pour objet une prestation réciproque motivée par le même acte juridique, et cela n'avait lieu que pour les *bonæ fidei actiones*. Ainsi donc, quand à une *actio emti* le défendeur voulait opposer une *actio venditi* fondée sur le même contrat, ou bien à une *actio pro socio* l'action du même nom, ou bien encore à une *actio commodati directa* l'*actio contraria*, on pouvait comprendre l'action reconventionnelle dans la même formule et la terminer par le même jugement

certaine somme, celui-ci ne devenait pas compétent pour connaître de l'action reconventionnelle supérieure à cette somme. L. 11, § 1, de jurisd. (II, 1).

que l'action principale. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire pour toutes les actions n'ayant pas une base commune, cela était impossible. Mais dans les cas où les besoins de la pratique demandent aujourd'hui l'action reconventionnelle, les deux actions étaient renvoyées simultanément devant le même *judex*. Quand deux actions se trouvaient ainsi jointes, des constitutions impériales ordonnaient que le premier jugement ne serait pas exécuté avant que le second n'eût été rendu (*f*).

Dans les cas de connexité réelle entre deux actions, la formule était sans doute rédigée de la manière suivante. Une *demonstratio* exposait l'ensemble du litige; puis venait une *intentio*, conçue à peu près en ces termes :

Quidquid ob eam rem *alterum alteri* dare facere oportet ex fide bona, judex condemna (*g*),

(*f*) L. 1, § 4, quæ sent. (XLIX, 8). Cette manière artificielle de traiter les cas de cette espèce prouve clairement qu'il était impossible de trouver dans les formules de la procédure romaine une action reconventionnelle proprement dite, quand il n'y avait pas de connexion entre les réclamations réciproques.

(*g*) Des allusions non équivoques à cette formule, et qui en supposent l'application, se trouvent dans les textes suivants : Gajus, III, § 137 (au sujet des obligationes quæ *consensu* contrahuntur) : « Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo *quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet.* » — Cicero, Top. c. 17. Il vante l'influence des jurisconsultes, auxquels on doit surtout recourir lorsqu'il s'agit d'actions *ex fide bona, ut inter bonos, quid æquius melius.* « Illi enim dolum malum, illi fidem bonam,.. illi quid.. *alterum alteri præstare oporteret* .. tradiderunt. » — Cicero, de Off., III,

c'est précisément ainsi qu'était rédigée la formule de la *duplex actio*, mentionnée plus haut, car les actions en partage étaient aussi *bonæ fidei* (*h*). Toute la différence se réduisait peut-être à ce que cette rédaction de la formule, toujours adoptée pour la *duplex actio*, ne s'employait pour les actions reconventionnelles que si le défendeur réclamait une semblable formule, car il était libre d'exercer une action reconventionnelle (*i*).

17. Il dit en parlant des *bonæ fidei judicia* : « in his magni esse judicis statuere (præsertim cum in plerisque essent judicia contraria) *quid quemque cuique præstare oporteret.* » Ces conseils et ces décisions n'auraient jamais trouvé d'application s'il n'y avait pas eu des formules pour autoriser et pour obliger le *judex* à prononcer sur ces *réclamations réciproques*.

(*h*) § 28, J., de act. (IV, 6).

(*i*) Dans la L. 18, § 4, comm. (XIII, 6), Gajus dit que la *contraria commodati actio* est ordinairement superflue, parce que son objet peut être opposé comme compensation à la *directa actio* de l'adversaire. Puis il ajoute : Il y a néanmoins des cas où cette action est indispensable, notamment quand la *directa actio* ne peut être exercée par suite de la perte accidentelle ou de la restitution volontaire de la chose. En tête des cas où la *contraria actio* est indispensable il place le suivant : « Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat... dicemus, necessariam esse contrariam actionem. » On pourrait entendre ce passage dans ce sens, que du temps de Gajus l'action reconventionnelle était encore impossible, et qu'ainsi on ne pouvait faire valoir dans le procès principal une réclamation supérieure à celle du demandeur. Mais ces mots s'appliquent également bien au cas où le défendeur, ne pouvant dans l'origine déterminer le montant de sa réclamation, avait négligé de demander une formule semblable à celle mentionnée dans le texte. — Je parlerai tout à

Le résultat final du litige demeurait toujours le même : possibilité d'une condamnation pour l'une et l'autre partie.

L'abolition de la procédure par formules leva les difficultés de forme qui entravaient la marche de la procédure. Les choses se passèrent dès lors comme elles se passent de nos jours. L'action reconventionnelle prit une nouvelle extension, et l'on put l'exercer indépendamment de toute communauté d'origine avec la demande principale. Néanmoins, le défendeur qui voulait faire valoir dans un procès une action reconventionnelle dut toujours la présenter dès le commencement de la procédure.

Justinien soumit l'action reconventionnelle à des règles que la pratique moderne n'a jamais admises. Il envisagea l'action reconventionnelle exercée devant le même tribunal non-seulement comme un droit, mais comme une obligation du défendeur. Si celui-ci n'acceptait pas le juge devant lequel il était cité, il pouvait demander le renvoi des deux actions devant un autre juge (le juge compétent de son adversaire). S'il ne prenait aucun de ces deux partis, il ne pouvait exercer l'action reconventionnelle qu'après le jugement du procès commencé contre lui (*k*).

l'heure (§ 290) du changement qui paraît s'être introduit sur ce point du temps de Papinien.

(*k*) Nov. 96, C. 2.

Avant d'aller plus loin, je dois signaler le rapport qui existe entre l'action reconventionnelle et la compensation, car les développements de ces deux institutions offrent sinon une ressemblance complète, du moins beaucoup d'analogie. Pour l'espèce de contrats dont j'ai parlé plus haut, les mêmes faits donnent lieu à la compensation et à l'action reconventionnelle. La compensation suffit quand par le compte à établir il s'agit uniquement d'écarter la demande principale en totalité ou en partie. Si la compensation excède la demande principale une action reconventionnelle devient nécessaire; si le défendeur néglige de l'exercer, il ne peut plus faire valoir ses droits que par une action nouvelle et distincte (note *h*). Du temps de Gajus, l'action reconventionnelle, comme la compensation, ne pouvait s'appliquer qu'à des réclamations fondées sur le même acte juridique (*l*). Marc-Aurèle étendit l'usage de la compensation, en permettant de l'opposer, au moyen d'une *doli exceptio*, à toute espèce de condiction, c'est-à-dire sans avoir égard à la communauté d'origine des deux réclamations (*m*). Cette extension de

(*l*) Gajus, IV, § 61 : « ex eadem causa, » et cela comme une institution spéciale aux *bonæ fidei actiones*. — Je n'ai pas à m'occuper ici des dispositions de l'ancien droit relatives à l'*argentarius* et au *bonorum emtor*. Cf. Gajus, IV, § 64 sq.

(*m*) J'ai déjà eu occasion, vol. I, § 45, note *d*, d'exposer le développement historique de cette institution.

la compensation est donc bien antérieure à l'extension de l'action reconventionnelle, qui ne peut avoir été admise que depuis l'abolition de la procédure par formules. Cette différence chronologique s'explique aisément. L'extension de la compensation au moyen d'une exception depuis longtemps connue, ne présentait aucune difficulté de procédure. Une extension semblable de l'action reconventionnelle était à peine possible tant qu'il fallut réunir dans une seule et même *formula* le contraste de deux actions toutes différentes. En pareilles circonstances, le seul parti à prendre était d'admettre entre les mêmes personnes deux *mutuæ actiones*, instruites simultanément devant le même *judex* (notes *d*, *f*), et cette procédure, quant à ses effets, différait moins qu'on ne pourrait le croire d'une action reconventionnelle proprement dite.

Toute cette recherche sur l'action reconventionnelle n'est qu'un préliminaire pour arriver à résoudre la question de savoir si, contrairement à la règle établie plus haut (§ 288), l'action reconventionnelle peut avoir pour effet d'amener une condamnation véritable du demandeur. Cette question a déjà été posée pour le *duplex actio*, et la solution est absolument la même : de l'action reconventionnelle, comme de la *duplex actio*, jamais il ne résulte contre le demandeur qu'une apparence de condamnation. Sans doute le de-

mandeur originaire peut être condamné ; mais alors il est condamné comme défendeur, et non comme demandeur, car il réunit ces deux qualités en sa personne.

Voici dans son ensemble le rapport que présente une action reconventionnelle jointe à une action principale : il y a en réalité deux procès et deux jugements, où figurent les mêmes personnes, mais dans des qualités inverses. Si quelquefois le demandeur semble condamné, cela tient uniquement à la réunion des deux jugements en un seul.

Au reste, ce rapport est susceptible des applications les plus diverses.

1) A une action personnelle on peut opposer une action reconventionnelle personnelle, ou *in rem*.

2) A une action *in rem* on peut opposer une action reconventionnelle personnelle, aussi bien que *in rem* (*n*).

On voit, d'après cette recherche, qu'il n'y a dans l'action reconventionnelle ni dans la *duplex actio* rien qui porte atteinte à notre règle (§ 288)

(*n*) La question de savoir jusqu'à quel point la nature exclusive d'un *forum rei sitæ,* du moins pour les immeubles, fait ici exception (exception inadmissible en droit romain), est très-controversée dans la pratique du droit commun. Cette question, comme purement de procédure, est en dehors de notre recherche. Voy. sur ce sujet Glück, vol. VI, § 515; Linde, Lehrbuch, § 88, 90; Heffter, Archive für civil. Praxis, vol. X, p. 215.

sur l'impossibilité de la condamnation du demandeur.

Il existe néanmoins certaines applications spéciales qui permettent de douter que ce principe ait toujours été rigoureusement suivi dans les sources du droit, et dès lors pouvons-nous le maintenir sans admettre quelques modifications? Je vais examiner ces diverses applications.

§ CCXC. *Autorité de la chose jugée. — I. Conditions. — B. Contenu du jugement comme base de l'autorité de la chose jugée. — Impossibilité de la condamnation du demandeur* (Suite).

I) Une loi de Justinien de l'an 530 a de tout temps soulevé de graves difficultés, car au premier abord elle semble autoriser dans tous les cas le juge à condamner le demandeur s'il le croit convenable. Je transcrirai tout à l'heure le texte de cette loi, en l'accompagnant d'un commentaire; mais voici d'abord un mot d'introduction.

Justinien prend pour point de départ une décision d'Ulpien qui semble établir un principe nouveau. Non seulement l'empereur approuve ce principe, mais il lui donne une extension dont le but est assez clairement indiqué. Ainsi donc il s'agit ici d'une décision de Papinien dont nous n'avons pas le texte, mais que nous devons expli-

quer et compléter d'après le droit en vigueur de son temps, sans oublier néanmoins que vraisemblablement Ulpien cherche à améliorer le droit qu'il interprète librement.

Notre texte suppose évidemment le rapport général qui sert de base à toute action reconventionnelle; autrement il ne pourrait parler des obligations du demandeur, ni de condamnation à prononcer contre lui. Mais nous ne voyons pas que le défendeur ait exercé formellement une action reconventionnelle; notre texte semble plutôt indiquer une obligation du demandeur excédant sa réclamation, et constatée pendant le cours du litige.

Voici donc ce qui paraît résulter de cet ensemble de circonstances. Papinien suppose évidemment le cas de réclamations réciproques fondées sur des obligations, obligations se rattachant à un contrat *bonæ fidei ;* car autrement, du temps de Papinien, et tant que subsista la procédure par formules, une action reconventionnelle même expresse eût été absolument impossible (§ 289). Il s'agit donc nécessairement de réclamations réciproques *ex eadem causa*, *ex eodem negotio*, ce qui paraît d'ailleurs confirmé par les derniers mots du texte : eum habere et contra se judicem *in eodem negotio*, non dedignetur (*a*).

(*a*) Je n'argue de cette interprétation qu'en la rattachant

Si en pareil cas l'action reconventionnelle eût été exercée au moment de la *litiscontestatio*, et que le préteur eût donné la formule : quidquid *alterum alteri* dare facere oportet (§ 289), le *judex* aurait eu évidemment qualité pour condamner le demandeur originaire (défendeur à l'action reconventionnelle), et cela était admis depuis trop longtemps pour en faire une innovation dont Ulpien aurait eu le mérite.

Si, au contraire, dès l'origine, le défendeur croyait avoir de son côté à former une réclamation inférieure à la demande principale, l'exception de la compensation était alors suffisante; mais si, ayant négligé de la faire insérer dans la formule, il découvrait pendant le cours du litige que sa réclamation excédait la demande principale, du temps de Gajus il ne pouvait pas encore obtenir de condamnation contre le demandeur originaire, et il devait intenter une action nouvelle. L'innovation de Papinien semble avoir eu pour objet d'autoriser dans ce cas la condamnation du premier demandeur, et d'admettre ainsi une action reconventionnelle tacite (*b*), si toutefois les deux parties

aux autres raisons que je viens d'exposer, et je reconnais que ces mots pris en eux-mêmes pourraient aussi signifier : dans le même procès. Sartorius, Widerklage, p. 319, 323-329, se prononce pour cette dernière explication.

(*b*) Voy. § 289 note *i*, où la doctrine contraire de Gajus se trouve développée.

étaient soumises à la juridiction du magistrat qui avait nommé le *judex*.

Justinien confirma cette décision, et il l'étendit même au cas où le magistrat qui n'était pas compétent pour le premier demandeur ne le serait devenu que par l'action reconventionnelle (tacite).

Voici maintenant le texte dont j'ai donné en partie l'explication :

L. 14, C., de sent. et interl. (VII, 45).

Imp. Justinianus A. Demostheni P. P.

Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quæstionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicare (*c*), sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus (*d*), condemnare : hujusmodi sententiam non solum roborandam (*e*), sed etiam augendam

(*c*) *Judicare*, établi par les manuscrits et les anciennes éditions, est nécessité par l'ensemble de la phrase dans le texte de l'édition de Göttingue; on trouve encore la leçon de *judicatæ*, qui ne donne aucun sens.

(*d*) C'est-à-dire : « lorsque dans le cours du procès le défendeur établit qu'il a pour la même affaire à exercer des réclamations supérieures à la demande principale. » Pour des réclamations résultant de la même affaire qui n'avaient pas besoin d'être présentées lors de la *lit. cont.*, ni mentionnées dans la formule, cette reconnaissance accidentelle était possible, non pour des réclamations étrangères. Si celles-ci étaient présentées dès l'origine, elles prenaient le caractère d'une action reconventionnelle expresse, évidemment admissible dans tous les cas, du moins du temps de Justinien.

(*e*) Lorsque Justinien commence ici par confirmer la déci-

esse sancimus (*f*), ut liceat judici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare (*g*), nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur (*h*). Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem *in eodem negotio* (*i*), non dedignetur. 530,

L'explication que je donne de cette loi s'accorde, quant au résultat, avec les doctrines de la plupart des auteurs anciens et de plusieurs au-

sion de Papinien, il est clair qu'il veut parler du seul cas que Papinien pût avoir sous les yeux.

(*f*) Cette extension peut s'entendre de deux manières : comme application à d'autres cas, ou comme application indépendamment de la compétence du juge. Le reste du texte ne parle pas de ces cas ; il exprime au contraire l'indépendance de la compétence : c'est donc en cela seulement que consiste l'extension nouvelle, c'est donc également en cela que Papinien n'allait pas aussi loin.

(*g*) Tout jugement en soi porte sur un *dare* ou un *facere* d'après le sens général de ces termes. Mais si l'on considère que dans la procédure par formules *dare facere oportere* formait le contenu caractéristique de l'*intentio* des actions personnelles, et si d'un autre côté on se rappelle que le législateur avait sous les yeux un texte de Papinien où ces mots étaient certainement pris dans leur acception technique, ces mots viennent confirmer ma supposition que le texte entier parle exclusivement des *obligations* réciproques.

(*h*) Ces mots renferment la nouvelle prescription de Justinien; ils expliquent donc ceux qui précèdent : sed etiam augendam esse.

(*i*) Voy. sur ces mots la note *a*.

teurs modernes (*k*); d'autres, au contraire, donnent à cette loi plus d'extension, et ils prétendent qu'en vertu de ce texte le demandeur peut toujours être condamné, lors même que les réclamations réciproques n'auraient pas une origine commune (*l*).

Je résume en peu de mots le résultat de cette explication. La faculté illimitée d'exercer une action reconventionnelle expresse a été reconnue plus haut (§ 289), et notre loi ne s'en occupe pas; mais elle admet en outre une action reconventionnelle tacite, avec possibilité de condamnation du demandeur, lorsque la réclamation supérieure à exercer contre lui s'établit pendant le cours du litige, dans les seuls cas néanmoins où la demande reconventionnelle se rattache au même acte juridique que la demande principale.

Maintenant on demande si cette décision spé-

(*k*) Zimmern, Rechtsgeschichte, vol. III, p. 312, 313; Heffter, Archiv für civil. Praxis, vol. X, p. 212, 213.

(*l*) Sartorius, Widerklage, p. 43-59, 319, 323-329. Quoique cet auteur ne s'accorde nullement avec moi sur l'interprétation de ces textes, je ne saurais, en dernier résultat, le regarder comme un véritable adversaire. En effet, si je l'ai bien compris, il admet sans restriction l'application d'une action reconventionnelle expresse, et je suis tout à fait de son avis pour le temps de Justinien et pour la procédure actuelle. Je crois seulement qu'il se trompe quand il invoque à ce sujet la L. 14, C., de sent., loi qui, suivant moi, s'applique à une action reconventionnelle tacite, dont l'admission est dès lors restreinte.

ciale est applicable à la procédure moderne. Je crois devoir le nier absolument, et cela par analogie des prescriptions rigoureuses établies en matière d'exceptions par le dernier recez de l'Empire. En effet, si les exceptions qui n'ont pas été présentées dès le commencement du litige sont perdues pour cette instance, cela s'applique à bien plus forte raison à l'action reconventionnelle que le défendeur n'a point exercée comme telle dès le commencement du procès. Lors même que le fait sur lequel on fonderait plus tard l'action reconventionnelle aurait été réellement allégué à titre d'exception, il est très-important pour la marche de la procédure et pour le système de défense du demandeur, que si le défendeur veut exercer une action reconventionnelle il le déclare dès l'origine.

Cette doctrine se trouve encore confirmée par une décision beaucoup plus ancienne du droit canon. Ainsi, quand à une demande judiciaire on oppose un fait de spoliation, ce moyen peut être présenté comme simple exception ou comme action reconventionnelle. Or, le pape Innocent III décide que dans le premier cas l'action doit tout au plus être rejetée, mais que dans le second le demandeur peut être condamné (*m*). Cela prouve évidemment qu'un fait allégué par

(*m*) C. 2, X, de ord. cogn. (II, 10).

le défendeur ne saurait plus tard devenir la base d'une action reconventionnelle, et que pour valoir à ce titre sa destination doit avoir été connue dès l'origine.

Ces résultats ne laissent pas subsister même l'apparence du doute que la loi de Justinien puisse être invoquée contre la règle, que jamais le demandeur ne peut, comme demandeur, encourir une condamnation (*n*).

II) J'ai montré (§ 288) que l'action de la propriété ne pouvait avoir que deux résultats, la condamnation du défendeur, c'est-à-dire la reconnaissance de la propriété en la personne du demandeur; l'absolution du défendeur, et celle-ci exprime presque toujours que le demandeur n'est pas propriétaire. Un troisième résultat, la reconnaissance directe de la propriété en la personne du défendeur, c'est-à-dire la condamnation du demandeur, n'est pas même possible dans le cas où le défendeur aurait prouvé son droit de propriété et fait rejeter ainsi la demande de son adversaire.

Cette conséquence logique et nécessaire des principes que je viens d'exposer peut néanmoins, suivant les circonstances, avoir de graves inconvénients et mener à la violation du véritable droit. En effet, si le défendeur parvient à fournir

(*n*) Voy. la fin du § 288.

la preuve complète de sa propriété, cette preuve peut disparaître plus tard; ainsi par exemple les témoins peuvent mourir. Si dans la suite la propriété de la chose vient à tomber aux mains du demandeur dont l'action a été rejetée, le défendeur ou ses héritiers auraient un grand intérêt à voir leur droit de propriété garanti par l'autorité de la chose jugée; car les preuves ayant péri ils peuvent se trouver dans l'impuissance d'établir leurs droits. Maintenant comment atteindre un but aussi juste et aussi équitable?

On pourrait croire qu'il aurait suffi au défendeur d'opposer à la réclamation de son adversaire la réclamation inverse (comme action reconventionnelle), et qu'ainsi il aurait obtenu une condamnation.

Mais ce moyen lui est interdit, par cela même qu'il possède, car l'action de la propriété ne peut être exercée que par le non-possesseur contre le possesseur (*o*).

Ce besoin de la pratique se trouve pleinement satisfait par l'autorité de la chose jugée attribuée aux motifs du jugement, comme je le démontrerai plus bas (§ 291). En effet le défendeur, qui dans notre hypothèse repousse une action de propriété en soutenant qu'il est lui-même propriétaire, obtient par ce motif, s'il parvient à convain-

(*o*) § 2, J. de act. (IV, 6); L. 9, de rei vind. (VI, 1).

cre le juge, le rejet de la demande; mais la forme du jugement reste toujours une absolution et non pas la condamnation du demandeur. Maintenant, comme l'autorité de la chose jugée appartient au motif, l'autorité de la chose jugée garantit au défendeur ce motif d'absolution, et lui permet de l'invoquer à l'avenir, même dans les procès où il figurerait comme demandeur, et son absolution, quant aux avantages pratiques, équivaut ainsi à la condamnation de son adversaire.

III) Tout ce que j'ai dit sur l'action de la propriété s'applique à la pétition d'hérédité. Ainsi quand l'héritier du sang actionne un détenteur de la succession qui se prétend héritier testamentaire, si le juge reconnaît la validité du testament, et par ce motif renvoie le défendeur de la demande, ce motif acquiert l'autorité de la chose jugée, et l'héritier testamentaire peut l'invoquer à l'avenir, même dans les procès où il figure comme demandeur.

Néanmoins la pétition d'hérédité peut offrir un cas que ne présente jamais l'action de la propriété. Le procès peut être engagé de telle sorte que le droit du défendeur ne se trouve pas reconnu indirectement (par l'autorité de la chose jugée qui couvre les motifs du jugement), mais bien par une décision directe du juge. En effet, quand deux individus prétendent la totalité d'une succession, et que chacun d'eux possède des biens

qui en dépendent, chacun d'eux peut exercer contre l'autre la pétition d'hérédité pour la totalité de la succession, et dès lors être déclaré seul héritier, titre que lui assure irrévocablement l'autorité de la chose jugée (*p*).

Il peut encore arriver que l'un exerce l'action et que l'autre lui oppose l'action du même nom comme action reconventionnelle. En pareil cas le jugement peut attribuer la totalité de la succession soit au premier demandeur, soit au demandeur reconventionnel; il peut aussi rejeter les deux demandes.

L'action reconventionnelle peut donc ici amener un jugement où la qualité d'héritier soit reconnue directement en la personne du défendeur originaire, combinaison que nous avons dû déclarer impossible pour l'action de la propriété (*q*).

(*p*) L. 15 de exc. r. j. (XLIV, 2); Voy. § 288, *a*.

(*q*) On pourrait croire qu'il en serait de même dans le cas où Gajus possédant une partie déterminée d'un domaine, et Séjus le reste du même domaine, chacun d'eux prétend la propriété du tout. Mais ici chacun ne peut exercer contre l'autre l'action résultant de la propriété que pour la partie dont lui-même n'est pas en possession, et le jugement ne prononce que sur la propriété de cette partie, de sorte qu'il y a deux jugements distincts, ayant chacun un objet différent. — Il en est de même quand chacun possède la moitié idéale du domaine; alors chacun a une *partis vindicatio*, et il y a aussi deux jugements distincts sur des objets juridiques différents. — Dans les deux cas les deux actions pourraient être réunies

Voici le motif de cette différence. Le droit de succession ne peut exister que pour la totalité ou pour une partie aliquote des biens; mais la pétition d'hérédité, quand même elle a pour objet la totalité d'un patrimoine, se trouve fondée en la personne du défendeur par la possession d'un bien faisant partie de la succession, dès que ce défendeur possède *pro herede* ou *pro possessore*.

IV) L'action *negatoria* demande quelques explications. On sait que cette action a pour caractère spécial d'obliger le défendeur à prouver l'existence de la servitude, et qu'il n'a pas d'autre moyen pour faire rejeter la demande. Si d'après la rigueur du principe on voulait ici attribuer à l'absolution un effet purement négatif, le défendeur ne trouverait pas dans le rejet de la demande une reconnaissance positive de la servitude. Si plus tard, rentré en possession de cette servitude, il voulait exercer l'action *confessoria*, il devrait en fournir une seconde fois la preuve, sans pouvoir invoquer l'autorité de la chose jugée. Cela serait d'autant plus dur, que lors du premier procès il n'a pas fourni volontairement ses preuves (comme peut le faire le défendeur quand il s'agit de l'action de la propriété), mais uniquement parce que les règles

comme action et action reconventionnelle sans que cela fît de différence.

générales du droit lui imposaient cette obligation.

Ici encore, de même que pour les deux actions dont j'ai parlé plus haut, l'autorité de la chose jugée attribuée aux motifs du jugement vient en aide au défendeur, et le protége indirectement. Le défendeur peut en outre obtenir la reconnaissance directe de son droit, non pas à cause d'une circonstance accidentelle du litige, comme on l'a vu au sujet de la pétition d'hérédité, mais dans tous les cas sans exception. En effet, il peut dès l'origine exercer l'action *confessoria* comme action reconventionnelle, et s'il prouve que la servitude existe, le juge doit alors condamner le demandeur (comme défendeur à l'action reconventionnelle) à reconnaître l'existence de la servitude.

On peut même établir cette position favorable du défendeur à l'action *negatoria,* d'après la formule de cette action, qui est ainsi conçue : *Si paret Negidio jus non esse,* etc. Le juge en rejetant cette action prononce : *Non videtur Negidio jus non esse,* etc., ce qui revient à dire : *Negidio jus esse,* etc.

§ CCXCI. *Détermination plus rigoureuse du contenu du jugement. — Les motifs ont l'autorité de la chose jugée.*

La recherche précédente sur le contenu du jugement (la condamnation et l'absolution) con-

tient les bases réelles et nécessaires de la théorie de l'autorité de la chose jugée; mais cette recherche n'épuise nullement le sujet, et il s'agit de déterminer avec plus de rigueur quel est le contenu du jugement, si nous voulons embrasser dans son ensemble la réalité des choses.

C'est une doctrine fort ancienne et soutenue par un grand nombre d'auteurs que l'autorité de la chose jugée appartient au jugement seul, et non à ses motifs, et cette doctrine se résume en ces termes : L'autorité de la chose jugée n'existe que pour le dispositif du jugement.

Avant de démêler les idées confuses et erronées qui préoccupent les partisans de cette doctrine, il est nécessaire de montrer que le principe ainsi formulé, indépendamment de son plus ou moins de vérité, a une double application. D'abord l'expression même, autorité de la chose jugée, se rapporte directement à l'avenir, et indique que la fiction de la vérité ne couvre pas les motifs du jugement. La seconde application, qui se rattache à la première et en diffère néanmoins, porte sur le litige actuel; en effet, le principe dépouillant les motifs de l'autorité de la chose jugée, il n'existe aucune voie de droit pour les attaquer, et la juridiction supérieure n'a point à en connaître. En ce second sens, on peut dire : Le contenu du jugement investi de l'autorité de la chose jugée est le seul dont on puisse et l'on doive

appeler devant un juge supérieur. Si donc j'établis que l'autorité de la chose jugée existe pour les motifs du jugement, j'établirai par là même la possibilité et la nécessité de l'appel.

Dans le principe, dont je vais maintenant contrôler la vérité, se trouvent souvent confondues deux assertions différentes, dont le véritable sens peut se ramener aux deux questions suivantes.

I) Quelle est en réalité la pensée du juge, et partant quelle est l'expression de cette pensée investie de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire élevée à la fiction de vérité?

Pour mettre en évidence le rapport de la ques tion ainsi posée avec le principe formulé plus haut je dirai : Lorsque la pensée complète du juge embrasse le rapport logique de motif et de conséquence, et ce cas est le plus ordinaire, devons-nous attribuer aussi à ce motif l'autorité de la chose jugée, ou l'attribuer exclusivement à la décision basée sur ce motif?

II) A quels signes pouvons-nous reconnaître la pensée véritable du juge? Où devons-nous la chercher?

Pour faire ressortir le rapport de cette seconde question avec le principe formulé plus haut, je rappellerai que depuis plusieurs siècles beaucoup de cours de justice ont coutume de joindre à chacun de leurs arrêts sa justification explicite,

appelée tantôt motifs du jugement, tantôt raisons de douter et de décider. Le jugement ainsi composé de deux parties, il s'agit de savoir si l'autorité de la chose jugée appartient seulement à l'une d'elles, le dispositif, ou bien à toutes les deux; en d'autres termes, les motifs du jugement ont-ils l'autorité de la chose jugée?

Ces deux questions sont évidemment toutes différentes, et ici le mot motifs employé dans l'une et dans l'autre répond à deux idées bien distinctes. La première question porte sur l'essence même des choses, et peut toujours être posée. La seconde tient plus à la forme, et elle est subordonnée à une rédaction spéciale des jugements, rédaction dont l'usage n'est pas généralement adopté. Parmi les auteurs qui dénient ou qui attribuent aux motifs l'autorité de la chose jugée, plusieurs n'ont pas aperçu la différence de ces deux questions, et ils traitent ce sujet comme s'il n'y avait qu'une seule question à résoudre. Au reste, la plupart semblent ne s'occuper que de la seconde; mais celle-ci n'a de valeur et d'importance que quand, à leur insu, la première se trouve en jeu.

Je vais essayer de résoudre la première question, et je la pose de nouveau en ces termes :

Quelle est la chose investie de l'autorité de la chose jugée par la volonté exprimée du juge?

Je me placerai d'abord dans la position de

ceux qui dénient absolument aux motifs l'autorité de la chose jugée, et, poussant l'abstraction à ses dernières limites, je tâcherai d'enlever au jugement toute apparence d'une volonté exprimée.

Dans cette hypothèse la condamnation pourrait être ainsi conçue :

Le défendeur est condamné à délivrer au demandeur une chose déterminée, ou à lui payer une certaine somme (*a*);

L'absolution se résumerait en ces termes :

Le défendeur est renvoyé de la demande formée contre lui.

Il n'y aurait là aucune trace de motifs.

Mais si l'on doit reconnaître l'autorité de la chose jugée, dont la nécessité a été démontrée plus haut, une pareille abstraction est également inapplicable et inadmissible.

C'est ce que je vais démontrer en prenant successivement comme point de départ 1° les effets pour l'avenir de l'autorité de la chose jugée, 2° la nature du litige et la mission du juge.

L'autorité de la chose jugée a pour effet de faire considérer comme vrai le contenu d'un jugement, toutes les fois que la même question de droit est représentée devant un tribunal, c'est-à-

(*a*) Quand la sentence porte : « Que le défendeur est condamné à rendre les cent écus qui lui ont été prêtés, » le motif de la décision, c'est-à-dire l'obligation résultant du prêt, est déjà exprimé dans le jugement.

dire toutes les fois qu'il y a identité entre le procès jugé et le procès intenté (*b*).

Or, les abstractions dont j'ai donné des exemples ne permettent pas de constater cette identité qui sert de base à l'application de l'autorité de la chose jugée, et il est facile de s'en convaincre.

Les conditions de toute condamnation comme de toute absolution peuvent avoir une nature très-complexe.

Les conditions positives de l'action de la propriété sont toujours ; 1° la propriété du demandeur; 2° la possession du défendeur. Mais ce dernier peut opposer à la demande plusieurs espèces d'exceptions, par exemple, A) une transaction sur le litige, B) un contrat relatif à la chose litigieuse, tel qu'un contrat de louage, C) l'*exceptio hypothecaria.*

La pétition d'hérédité est soumise aux conditions suivantes : 1° le demandeur doit être héritier; 2° le défendeur doit posséder des choses déterminées et les posséder *pro herede* ou *pro possessore*; 3° les choses possédées doivent dépendre de la succession. A la pétition d'hérédité on peut opposer diverses exceptions, par exemple, A) la prescription de l'action, B) une transaction.

(*b*) Ce principe trouvera son explication et sa justification dans l'exposé qui va suivre.

Toute action personnelle implique comme condition nécessaire la validité de l'obligation qui lui sert de base. On peut lui opposer l'exception de la compensation et l'exception du payement.

Ces diverses actions n'entraînent de condamnation que si le juge est convaincu que toutes les conditions de l'action existent, et que les exceptions présentées par le défendeur ne sont pas fondées.

Pour l'absolution il suffit que le juge reconnaisse l'absence d'une seule des conditions nécessaires de l'action ou la validité d'une seule des exceptions. La formule abstraite d'absolution présentée plus haut, qui se borne à rejeter la demande, ne nous apprend donc pas quelle a été la pensée du juge. Ainsi dans le cas cité comme exemple de l'action de la propriété, le juge peut avoir reconnu que la propriété ou que la possession n'existe pas, de même il peut avoir reconnu qu'il existe soit une transaction, soit un contrat de louage, soit un droit de gage. Il peut enfin, parmi ces cinq motifs de rejeter la demande, avoir admis l'existence soit d'un seul, soit de plusieurs, soit de tous. Il devient dès lors impossible d'opposer à une demande analogue l'autorité de la chose jugée, tant que nous savons seulement que la première demande a été rejetée. Tout refus prononcé par le juge

est investi de l'autorité de la chose jugée; mais d'abord il s'agit de savoir sur quoi porte le refus. — Nous devons donc approfondir la signification de la sentence, comme unique moyen d'appliquer avec certitude l'autorité de la chose jugée.

Le jugement qui prononce une condamnation présente la même difficulté, mais à un moindre dégré. L'incertitude n'est pas la même, car nous savons positivement que le juge a reconnu toutes les conditions de l'action comme réelles et toutes les exceptions comme non fondées (*c*). Mais ici encore existent des doutes que la simple expression du jugement est impuissante à résoudre. Quand, par exemple, l'exception de la compensation opposée à une action personnelle se trouve rejetée par le jugement, le juge peut avoir été convaincu ou que la somme réclamée à titre de compensation n'était pas due, ou qu'elle n'était pas liquide, et dès lors n'opérait pas compensation. L'expression abstraite du jugement ne nous apprend point quelle a été la pensée du juge; pour la connaître, il nous faut pénétrer le sens du jugement; et néanmoins, sans la connaissance de la pensée du juge, l'application de

(*c*) On fait bien moins souvent usage, dans les procès ultérieurs, d'une condamnation que d'une absolution, aussi l'*actio judicati* a moins d'importance pratique et est d'une application plus rare que l'*exceptio rei judicatæ*.

l'autorité de la chose jugée à un procès ultérieur est absolument impossible (*d*).

De tout cela il résulte que l'autorité de la chose jugée s'étend aux motifs de la sentence; en d'autres termes, l'autorité de la chose jugée qui appartient à la sentence est inséparable des rapports de droit affirmés ou déniés par le juge; car la partie purement pratique du jugement, l'acte imposé au défendeur, ou le rejet de la demande, n'est que la conséquence de ces rapports de droit. Voilà donc en quel sens j'attribue aux motifs l'autorité de la chose jugée. Mais, afin de prévenir les méprises auxquelles peut donner lieu la double acception du mot motif, j'appellerai les motifs pris en ce sens, *éléments* des rapports de droit litigieux et de la sentence qui met fin au litige, et je reproduirai en ces termes le principe établi plus haut :

Les éléments du jugement ont l'autorité de a chose jugée.

Ainsi, dans l'exemple déjà cité de l'action de la propriété, l'autorité de la chose jugée appartient à l'affirmation ou à la dénégation de la propriété ou de la possession, comme aussi de la transaction, du contrat de louage ou du droit de gage.

Après avoir étudié la question au point de vue de l'autorité de la chose jugée et de ses effets

(*d*) L. 7, § 1, de compens. (XVI, 2); L. 8, § 2, de neg. gestis (III, 5).

pour l'avenir (p. 350), je vais prendre comme point de départ la nature du litige et la mission du juge, et nous arriverons au même résultat.

Le juge a pour mission de fixer le rapport de droit litigieux aussitôt que le lui permet l'instruction de l'affaire, et d'assurer l'efficacité de sa décision. Or, le droit reconnu par le jugement ne doit pas seulement être protégé contre la violation actuelle, il doit aussi être garanti contre toute attaque ultérieure par l'autorité de la chose jugée. L'intérêt de celui qui obtient gain de cause est ici évident; mais il y a plus, ce droit est incontestable.

Ainsi, le juge qui se contenterait de satisfaire au besoin actuel sans garantir l'avenir ne remplirait pas tous ses devoirs. Il donne cette garantie en fixant les éléments de sa décision, et l'autorité de la chose jugée protége cette décision contre toute attaque ultérieure.

Ainsi donc, l'autorité de la chose jugée appartient à tout ce que le juge *veut* décider en conséquence de l'instruction. Cela ne signifie pas que le juge *doive* porter une décision sur tous les éléments que fournit le litige. Le choix de ces éléments est, dans une certaine latitude, abandonné à son appréciation.

Prenons comme exemple l'action de la propriété. Si le juge est convaincu que le demandeur n'est pas propriétaire, il doit le déclarer. Main-

tenant, lorsque le défendeur allègue qu'il n'est pas en possession de la chose litigieuse, et que le juge reconnaît ce fait comme constant, si la question de la propriété doit entraîner de longs débats, le juge peut rejeter la demande, en déclarant que le défendeur ne possède pas, sans rien prononcer sur la propriété du demandeur; il en est de même quand le défendeur justifie d'une exception avant que la question de propriété puisse être résolue. Un juge intelligent doit user de cette faculté dans de justes limites, sans négliger d'avoir égard aux intentions des parties.

Mais si nous cherchons à approfondir les considérations qui influent sur la détermination du juge, détermination qui se traduit dans la pratique par une condamnation ou une absolution, nous reconnaîtrons que ces considérations sont de deux espèces.

Ce sont d'abord les éléments des rapports de droit dont j'ai parlé plus haut. Une fois constatés par le juge, ces éléments deviennent partie intégrante de la sentence, et participent à l'autorité de la chose jugée. — Mais le juge est amené à reconnaître ces éléments par des considérations d'une autre espèce; d'abord l'étude qu'il a faite des règles du droit, ensuite les preuves fournies par les parties et qui l'engagent à admettre comme vrais ou à rejeter comme faux les faits décisifs de la cause.

Ainsi donc, parmi les motifs qui déterminent la décision du juge, nous pouvons établir la distinction suivante : les uns sont objectifs, ce sont les parties constitutives des rapports de droit, et que j'ai appelés éléments; les autres sont subjectifs, ce sont les mobiles qui influent sur l'esprit du juge et l'éngagent à affirmer ou à nier l'existence de ces éléments. Nous devons donc modifier notre principe en ces termes :

Les motifs objectifs (les éléments) adoptés par le juge ont l'autorité de la chose jugée; les motifs subjectifs n'ont pas l'autorité de la chose jugée (*e*).

Nous pouvons maintenant concilier les divergences d'opinions et expliquer toutes les méprises. Ceux qui attribuent aux motifs l'autorité de la chose jugée ont raison de l'attribuer aux motifs objectifs; ceux qui refusent aux motifs l'autorité

(*e*) Il arrive souvent que dans les motifs d'une sentence se trouvent mentionnés des rapports de droit analogues, mais étrangers au procès, pour mettre en évidence le point de vue adopté par le juge sur les règles du droit ou sur les faits de la cause, et pour justifier sa conviction touchant les éléments du procès. De semblables considérations rentrent dans les motifs subjectifs, et n'ont jamais l'autorité de la chose jugée. En *ce sens* Böhmer dit avec raison, comme on le verra plus bas (§ 293, *f*), que les motifs n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Ainsi, par exemple, dans un jugement sur le possessoire, le juge entre dans des considérations relatives au pétitoire, afin de rendre plus plausible la sentence qu'il porte sur la possession.

de la chose jugée ont raison de la refuser aux motifs subjectifs. Jusqu'ici cette distinction n'avait pas encore été rigoureusement établie.

Néanmoins, afin de préciser la valeur et l'influence de l'autorité de la chose jugée attribuée aux motifs objectifs, il est nécessaire de les analyser avec plus de soin. Jusqu'à présent j'ai surtout pris comme exemples les parties constitutives qui forment la base de l'action et les exceptions qu'on lui oppose ; les replications et les duplications ont évidemment la même nature.

L'autorité de la chose jugée couvre pour l'avenir l'affirmation ou la négation qui porte sur ces parties de la procédure ; et nul ne reconnaîtra que là surtout se trouve la principale efficacité attribuée aux motifs. Mais vouloir restreindre aux cas énumérés ici l'autorité des motifs, ce serait mutiler arbitrairement l'autorité de la chose jugée et lui enlever une partie de ses effets salutaires. Nous devons, au contraire, l'étendre à ce que j'ai représenté plus haut comme des exceptions improprement dites, notamment aux cas de dénégation relative, c'est-à-dire aux cas où un droit qui a appartenu au demandeur se trouve absolument anéanti (§ 225).

Ainsi, quand à une action personnelle on oppose l'exception de la compensation, qui est une exception véritable, l'admission ou le rejet de cette exception, c'est-à-dire le motif de l'absolution

ou de la condamnation, acquiert l'autorité de la chose jugée. Mais cette autorité appartient également au rejet ou à l'admission de l'exception du payement proposée par le défendeur, quoique dans le langage technique du droit romain ce ne soit pas là une véritable exception. Il en est de même quand à l'action de la propriété on oppose ce que l'on appelle improprement *exceptio recentioris dominii*, c'est-à-dire quand le défendeur, tout en reconnaissant que le demandeur a été autrefois propriétaire, prétend qu'il a cessé de l'être. Dans ces différents cas l'autorité de la chose jugée appartient également aux motifs objectifs.

Mais nous ne devons pas nous borner à ces cas de dénégation relative, qui ont tant d'analogie avec les véritables exceptions, et nous devons faire encore un pas. Lorsque, sur une revendication de propriété, ou sur une pétition d'hérédité, le défendeur prétend, non que le droit du demandeur a péri, mais que ce droit n'a jamais existé, il peut soutenir que la propriété ou la succession litigieuse appartient à lui seul ; d'où résulte nécessairement que le demandeur n'est ni propriétaire ni héritier (§ 287, *a*). Si le juge, accueillant ces moyens de défense, fonde sur l'un de ces motifs l'absolution du défendeur, ce motif objectif acquiert l'autorité de la chose jugée, et le défendeur, déclaré propriétaire ou

héritier, pourra toujours opposer ce jugement au demandeur, comme un titre inattaquable. Par cette déduction je crois avoir établi ce que je me suis contenté d'énoncer à la fin du paragraphe précédent, comme moyen de satisfaire un besoin réel de la pratique.

L'autorité que j'attribue aux motifs objectifs ayant une grande importance, et pouvant trouver des contradicteurs, je vais tâcher de la justifier, quand à l'action de la propriété, par la comparaison suivante. Je suppose qu'il s'agisse non de l'action de la propriété, mais d'une *publiciana actio*, si le défendeur invoque l'*exceptio dominii* (exception proprement dite), et qu'en conséquence la demande soit rejetée, on m'accordera aisément que l'autorité de la chose jugée s'applique à l'exception constatée par le juge; or, les mêmes circonstances peuvent se représenter quand au lieu de la *publiciana* il s'agit de l'action de la propriété, et quand le défendeur fait rejeter la demande en prouvant que lui-même est propriétaire. Ce motif du jugement perdra-t-il alors l'autorité qu'on lui accorde dans le cas de la *publiciana?* et cela parce que dans le premier cas seulement l'exception est ce que les jurisconsultes appellent un *exceptio* proprement dite? Une semblable distinction répugnerait à l'équité et au bon sens pratique.

J'ai établi plus haut que l'absolution du défen-

deur ne pouvait jamais se transformer en une condamnation du demandeur (§ 288). Au premier abord on pourrait croire que cette doctrine est en contradiction avec les principes que je viens d'exposer. Mais voici deux considérations qui expliquent cette contradiction apparente. La condamnation entraîne en général deux conséquences, qui, malgré la corrélation qui existe entre elles, peuvent être distinguées. La première est un acte, une prestation ou une abstention imposée au condamné : jamais cette conséquence ne peut atteindre le demandeur en sa qualité de demandeur ; sous ce rapport le principe que j'ai établi est absolument vrai et d'une grande importance. La seconde conséquence est l'influence de l'autorité de la chose jugée sur des procès futurs ; et ici seulement se montre l'apparence de contradiction qu'il s'agit de détruire. Maintenant j'observe que, même à ce point de vue, notre principe se réduit à dire que l'absolution *en soi et comme telle* ne peut jamais avoir la nature et l'efficacité d'une *condamnation* prononcée contre le demandeur. Mais cela n'empêche pas que le défendeur n'obtienne indirectement, et au moyen de l'autorité de la chose jugée appartenant aux motifs, les avantages que lui eût procurés la condamnation du demandeur, si cette condamnation eût été possible. Cette espèce d'avantages indirects assurés au défendeur implique toujours

des circonstances particulières de fait, et ainsi dans un nouveau procès le défendeur aura toujours à prouver l'existence des motifs objectifs qui ont déterminé le premier jugement. On voit donc que même sous ce dernier rapport les conséquences pratiques de notre principe ont une certaine importance.

Pour attribuer aux motifs l'autorité de la chose jugée, nous nous sommes appuyé sur la nature du litige, sur la mission du juge, et sur les conditions nécessaires à l'application de cette autorité. Mais quelles sont en cette matière les principes du droit romain ? On pourrait admettre que la doctrine par moi exposée, et vraie en théorie, n'est pas celle du droit romain, ou bien encore que le droit romain ne s'est point occupé de ces questions, ou n'en a donné que des solutions partielles et incomplètes.

Maintenant, je soutiens que la doctrine qui attribue aux éléments du jugement l'autorité de la chose jugée trouve dans le droit romain sa confirmation pleine et entière. Sans doute on ne la voit nulle part formulée comme règle générale, mais les sources du droit nous offrent des témoignages nombreux et irrécusables de son application.

D'abord les jurisconsultes romains admettent constamment, et dans toute son étendue, l'autorité de la chose jugée, comme on le verra par l'ex-

posé que je ferai plus bas. Or, j'ai déjà établi que cette autorité n'a pas d'application possible sans l'autorité des éléments, c'est-à-dire des motifs objectifs.

Ensuite la manière dont ils traitent divers cas particuliers prouve implicitement qu'ils attribuent aux éléments l'autorité de la chose jugée.

Lorsque l'action de la propriété a été rejetée uniquement parce que le défendeur n'avait pas la possession de l'objet litigieux, s'il l'acquiet plus tard l'action peut être reproduite, et le jugement rendu ne met aucun obstacle à son exercice (*f*). Nous voyons ici un de ces cas où des faits nouveaux surviennent depuis le jugement (*g*), qui dès lors ne peut avoir d'influence sur leurs conséquences, et ce principe ne touche nullement à notre question. Mais comment savons-nous que le premier jugement a rejeté la demande à cause du défaut de possession et seulement pour ce motif; que le jugement n'a rien prononcé sur la propriété du demandeur (propriété que nul ne prétend modifiée)? Pour savoir tout cela sans nous arrêter à la décision purement pratique, le rejet de la demande, ils nous faut remonter au motif objet de la décision, et alors nous appre-

(*f*) L. 9, pr.; L. 17, 18, de exc. rei jud. (XLIV,) 2). Voy. § 263.

(*g*) Une *nova* ou *superveniens causa*, dont je parlerai plus bas, § 300.

nons si le juge a simplement dénié soit la propriété du demandeur, soit la possession du défendeur, soit enfin la propriété et la possession tout ensemble.

Le même cas se présente quand à une action personnelle on oppose la compensation, et que le juge, rejetant l'exception, condamne le défendeur à payer intégralement la somme réclamée. Il s'agit ici de savoir si le juge a rejeté l'exception comme non fondée ou parce que la somme n'était pas liquide.

L'*exceptio rei judicatæ* met obstacle à une réclamation nouvelle dans le premier cas, mais non dans le second (note *d*). Ici donc encore l'application de l'autorité de la chose jugée dépend uniquement du motif pour lequel le juge a rejeté l'exception, et le simple fait du rejet ne nous apprend rien sur son motif.

Mais la preuve la plus décisive que les jurisconsultes romains faisaient participer les motifs à l'autorité de la chose jugée se trouve dans cette espèce particulière d'action où l'on procédait *per sponsionem* (*h*) à la revendication de la propriété.

Enfin, des textes nombreux de droit romain font dépendre expressément l'application de l'autorité de la chose jugée à un procès ultérieur des motifs du premier jugement, ce qui nous impose

(*h*) Cf. § 292, *f*.

l'obligation directe de rechercher ces motifs et d'y avoir égard (*i*).

De la recherche précédente il résulte que l'on doit attribuer l'autorité de la chose jugée non-seulement à la décision même (la condamnation ou l'absolution), mais encore à ses motifs; en d'autres termes : Les motifs font partie intégrante du jugement, et l'autorité de la chose jugée a pour limites le contenu du jugement y compris ses motifs.

Ce principe important, conforme à la mission du juge, a été formellement reconnu par le droit romain et appliqué dans toute son extension.

§ CCXCII. *Détermination plus rigoureuse du contenu du jugement. — Les motifs ont l'autorité de la chose jugée* (Suite).

Je viens de déterminer à quoi l'expression de la volonté du juge attribue l'autorité de la chose jugée; il me reste à traiter cette seconde question :

A quels signes pouvons-nous reconnaître la

(*i*) Parmi ces textes je citerai : L. 17, de exc. r. j. (XLIV, 2) : « Si rem meam a te petiero, tu autem *ideo* fueris absolutus, *quod* probaveris sine dolo malo te desiisse possidere... non nocebit mihi exceptio rei judicatæ. » — L. 18, pr. eod. : « Si... absolutus fuerit adversarius, *quia* non possidebat... rei judicatæ exceptio locum non habebit. » — De même aussi L. 9, pr. eod.

pensée véritable du juge? Où devons-nous la chercher (p. 348)?

Si l'on prend comme point de départ l'usage ancien, et généralement établi, de rendre des jugements écrits, de les faire précéder d'une justification explicite, il semble naturel de restreindre l'autorité de la chose jugée au jugement lui-même, et de regarder les motifs comme uniquement destinés à convaincre les parties et tous ceux qui liront le jugement. C'est effectivement dans ce sens que beaucoup d'auteurs ont posé la question de savoir si l'autorité de la chose jugée appartient aussi aux motifs.

Cette question devrait être résolue négativement, d'après les principes que je viens d'exposer (§ 291), s'il était vrai que tous les motifs objectifs fussent invariablement consignés dans le jugement, et si l'exposé des motifs ne contenait jamais que les motifs subjectifs.

Mais cette supposition est démentie par les faits, car il n'existe dans la rédaction des motifs aucune uniformité. L'étendue que doit avoir l'autorité de la chose jugée ne saurait donc dépendre des usages arbitrairement adoptés par les différents tribunaux.

Je n'attache aux différences des formes extérieures qu'une importance secondaire (*a*); mais

(*a*) Dans les anciens jugements rendus par les facultés on

ici encore nous retrouvons la plus grande diversité. Le dispositif a tantôt plus, tantôt moins d'étendue; ses limites, comme celles des motifs, sont donc tout à fait arbitraires et incertaines. Cela tient non-seulement à la diversité des usages suivis par les tribunaux, mais aussi à la nature particulière des procès. Ainsi le même tribunal ne suit pas invariablement la même méthode; en effet, quand l'affaire est simple, il peut aisément comprendre dans le jugement tous les motifs objectifs (*b*), ce qui devient très-difficile quand l'affaire est compliquée.

Mais il y a plus, certains tribunaux ne donnent en général aucuns motifs; ainsi donc, lors même

trouve cette forme pédantesque d'énumérer avant le jugement les raisons de douter, puis les raisons de décider, et de réunir le tout dans une seule proposition, qui souvent remplit plusieurs pages. Ainsi par exemple : « quoiqu'il paraisse que... ; néanmoins, attendu, etc. » — Cette forme a été adoptée en France, et souvent dans un arrêt un considérant se compose d'un grand nombre de propositions distinctes. — Aujourd'hui en Allemagne la plupart des tribunaux joignent au jugement les motifs exprimés sous la forme d'une dissertation spéciale. Cf. Danz, Prozesz Anhang, p. 67; Brinkmann, Richterliche Urtheilsgründe, p. 91.

(*b*) Ainsi, par exemple, lorsque dans un procès relatif à une question de propriété le défendeur est condamné, le jugement peut très-bien prononcer sur la question de propriété, et y rattacher directement l'obligation du défendeur de restituer la chose, quelquefois aussi les fruits, etc. De même, encore, lorsque cette action est rejetée parce que la possession manque au défendeur, il est facile de joindre au jugement le motif du rejet de l'action.

que la distinction proposée serait fondée et n'offrirait aucun inconvénient, elle ne saurait servir de base à un principe général (*c*).

D'après ces considérations, nous devons donc rejeter absolument cette manière de poser la question, et nous dirons, au contraire :

L'autorité de la chose jugée appartient aux motifs objectifs, et nous devons les chercher partout où ils se trouvent.

Nous devons les chercher : 1° dans le jugement lui-même, en tant qu'ils s'y trouvent exprimés; 2° dans l'exposé des motifs : mais ici nous avons à distinguer soigneusement les motifs objectifs, les seuls qui soient investis de l'autorité de la chose jugée; 3° si tout cela nous fait défaut (*d*), nous devons recourir aux actes de la procédure, et celui qui contient la demande occupe ici le premier rang; 4° indépendamment de ces différentes pièces, il y a des considérations plus générales et non moins importantes dont nous devons tenir compte. Je reviendrai sur ce point à la fin de ce paragraphe.

Après avoir ainsi cherché à circonscrire l'au-

(*c*) Depuis longtemps en Prusse la plupart des tribunaux rédigent les motifs de leurs jugements et les communiquent aux parties. Mais pour le tribunal suprême, cette communication n'a lieu que depuis l'ordre du cabinet du 19 juillet 1832 (Gesetzsammlung von 1832, p. 192).

(*d*) Tels sont tous les jugements des tribunaux qui en général ne donnent pas les motifs de leurs jugements.

torité de la chose jugée, on peut se demander dans quelle forme les jugements devraient être rendus pour atteindre de la manière la plus sûre le but de cette institution.

Ce but se trouverait complétement atteint s'il était possible de réunir dans le jugement même tous les motifs objectifs, de sorte que le jugement suffirait pour déterminer à quoi s'applique l'autorité de la chose jugée, et l'exposé spécial des motifs ne servirait qu'à exprimer les convictions du juge et à les faire partager. Mais comme les affaires compliquées ne permettent pas la réalisation complète de cette idée, je la propose comme un but dont il faut approcher autant que possible.

Mais en toutes circonstances on peut et l'on devrait toujours indiquer dans l'exposé spécial des motifs ceux qui de leur nature sont objectifs et auxquels le juge veut attribuer l'autorité de la chose jugée, afin de ne laisser aucun doute sur ce point.

A l'appui des doctrines que je viens d'exposer je vais essayer de montrer comment les Romains cherchaient à déterminer pour chaque litige l'étendue de l'autorité de la chose jugée, car avec des formes extérieures entièrement différentes des nôtres ils avaient à atteindre le même but.

Quant aux temps postérieurs du droit romain, les renseignements nous manquent absolument;

mais je crois pouvoir montrer comment les choses se passaient du temps de la procédure par formules.

Dans la procédure par formules, l'*intentio* et la *demonstratio*, qui lui servait de complément, précisaient l'étendue de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire indiquaient les motifs objectifs destinés à devenir parties intégrantes du jugement. Si ces indications étaient insuffisantes, on allait chercher les motifs objectifs exprimés dans le jugement lui-même. Quelques exemples serviront à expliquer et à confirmer ce que j'avance.

Plusieurs actions, la *depositi actio*, par exemple, avaient deux espèces de formules, l'une *in jus*, l'autre *in factum*. L'objet du litige était fixé par la *demonstratio* dans la première de ces formules, par l'*intentio* dans la seconde (*e*); et ainsi ces diverses parties de la formule servaient à reconnaître directement le contenu et l'étendue de ce qui devait acquérir l'autorité de la chose jugée en vertu du jugement.

Voici maintenant des cas où, la *formula* étant insuffisante, il fallait recourir à d'autres circonstances pour connaître les limites de l'autorité de la chose jugée. Quand l'action de la propriété s'exerçait *per sponsionem*, la *formula* portait simplement : *Si paret N. Negidium A. Agerio*

(*e*) Gajus, IV, § 47.

sestertios XXV nummos dare oportere. Mais ces XXV sesterces ne devaient pas se payer; et le seul but de la condamnation était la reconnaissance juridique de la propriété. Pour atteindre ce but, on se reportait au motif de la décision, je veux dire à la stipulation, non exprimée dans la formule, par laquelle le défendeur s'engageait à payer au demandeur XXV sesterces dans le cas où celui-ci serait propriétaire (*f*).

La possession du défendeur comme condition de la *petitoria formula* n'était pas mentionnée dans l'*intentio*; mais cette circonstance était examinée *officio judicis,* et prise en considération dans le jugement (*g*). Ainsi donc, quand le défaut de possession faisait rejeter la demande, ce motif de la décision ne pouvait pas se reconnaître par la comparaison du jugement avec la *formula.* Voilà pourquoi ce motif était ordinairement exprimé dans la sentence, comme l'attestent plusieurs textes des jurisconsultes romains (*h*).

(*f*) Gajus, IV, § 93, 94. — J'ai dit plus haut (§ 291, *h*) qu'en général le droit romain attribuait aussi l'autorité de la chose jugée aux motifs du jugement; nous avons ici la preuve la plus complète de cette assertion. — De même dans le cas d'une *certi condictio* fondée sur une stipulation d'argent, comme la simple *intentio* ne pouvait donner aucun détail sur la nature et le motif de la réclamation, on devait à côté de l'*actio* reproduire la *stipulatio* tout entière. L. 1, § 4, de edendo (II, 13).

(*g*) L. 9, de rei vind. (VI, 1).

(*h*) Cf. § 291, *f*, *i*.

Beaucoup d'autres textes mentionnent aussi des jugements où les motifs de la décision sont directement exprimés (*i*). Mais nous ne devons pas nous attendre à trouver sur ce point des usages constamment suivis.

J'ai dit plus haut que, indépendamment des témoignages écrits dont je viens de parler, il y a des considérations générales qui nous servent à circonscrire l'autorité de la chose jugée.

Ces considérations morales sont de deux espèces, et présentent des caractères tout opposés. Les unes doivent être regardées comme des additions tacites faites au jugement, les autres annulent en totalité ou en partie des décisions qui, d'après leur forme et l'intention du juge, semblent investies de l'autorité de la chose jugée. — Voici quels sont ces différents cas.

I.) Toute condamnation implique le rejet de toute autre demande se rattachant au rapport de droit litigieux fixé par le jugement; toute absolution embrasse non-seulement la totalité de la

(*i*) L. 1, § 1, quæ sent. sine app. (XLIX, 8) (Macer) : « Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est : veluti si judex ita pronuntiaverit : *Cum constet Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie vigenti quinque debere; idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno*. Nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur. » — De même dans l'autre cas donné au § 2 de cette loi comme exemple d'une décision avec motifs. De même aussi dans la L. 2, C., quando provocare (VII, 64).

chose réclamée par le demandeur, mais encore chaque division possible de cette chose (§ 286).

Ces propositions, dont les conséquences pratiques ont une grande importance, sans jamais être exprimées dans le jugement en font néanmoins partie intégrante, et ont une autorité égale à celle des décisions formellement exprimées.

II.) Tout jugement implique une certaine fixation de temps. Ainsi la reconnaissance ou la négation d'un droit en la personne du demandeur vaut comme vérité, et obtient l'autorité de la chose jugée, mais seulement pour l'époque où la sentence est rendue.

Ainsi donc la décision du juge se rapporte exclusivement au temps actuel; les changements ultérieurs lui sont nécessairement étrangers, et l'autorité de la chose jugée ne saurait dès lors avoir aucune influence sur un litige se rattachant à des faits survenus depuis le jugement.

Ce principe, dont les applications particulières n'ont jamais été contestées (*k*), trouve ici sa véritable base.

Cette base est la détermination d'une époque toujours sous-entendue dans le jugement. De là il résulte qu'une action motivée sur des faits pos-

(*k*) Nous le retrouverons à propos de la *causa superveniens;* voy. plus bas, § 300.

térieurs à la sentence n'a rien de contradictoire avec cette sentence (*l*).

III.) Jusqu'ici nous avons vu des considérations tacites sous-entendues dans le jugement et participant à l'autorité de la chose jugée. Voici maintenant des cas inverses, où une décision qui par sa forme et d'après l'intention du juge devrait avoir l'autorité de la chose jugée est dépouillée de cette autorité.

Le cas de l'erreur de calcul sainement apprécié et renfermé dans ses véritables limites figure ici en première ligne. En effet, lorsque le jugement lui-même établit un compte, et condamne au payement de différentes sommes qu'il additionne, si l'addition est inexacte, son total est en contradiction avec les lois de l'arithmétique. De là il résulte que les éléments du compte sont tenus pour vrais et investis de l'autorité de la chose jugée, mais que l'addition peut et doit être rectifiée, sans recourir à l'appel ou à d'autres voie de droit, soit par le juge même qui a rendu le jugement, soit par tout autre juge appelé à con-

(*l*) Cette règle est fondée sur la saine intelligence du *contenu* du jugement, c'est-à-dire sur la nature de l'exception de la chose jugée dans sa fonction positive. La même règle existait aussi, mais fondée sur un autre motif, pour l'exception sous son ancienne forme (la fonction négative); et voici ce motif : l'action postérieure, ayant pour objet une *alia res*, n'était pas identique à la première action, portée *in judicium* et dès lors consommée. Keller, p. 292.

maître de son exécution (*m*). Dans l'espèce dont parle le jurisconsulte cité il s'agit d'un jugement rendu en ces termes : « Attendu que le défendeur est reconnu débiteur, d'une part de 50 écus et d'une autre part de 25, je le condamne à en payer 100. » Ici le jugement n'est pas, comme on pourrait le croire, frappé de nullité; mais on rectifie l'erreur de calcul (citra provocationem *corrigitur*), c'est-à-dire que la condamnation se trouve réduite à 75 écus. D'après les principes développés précédemment, nous ne devons pas hésiter à appliquer cette règle, soit que l'erreur se trouve dans le jugement lui-même, c'est le cas dont parle notre texte, soit dans l'exposé des motifs.

On peut assimiler à l'erreur de calcul un cas beaucoup plus rare, celui où une partie du jugement est en contradiction avec les lois de la nature (*n*), car ces lois ne sont pas moins impé-

(*m*) L. 1, § 1, quæ sent. (XLIX, 8), transcrite plus haut, note *i*. — Cf. Gönner, vol. III, p. 203; Linde, Handbuch, § 13. — La sentence une fois rendue, le juge ne peut corriger lui-même les autres erreurs qu'elle contiendrait. L. 42, L. 45, § 1, L. 55, de re jud. (XLII, 1). On lui permet seulement de compléter sa sentence, pourvu que cela ait lieu le même jour. L. 42, cit.

(*n*) L. 3. pr., quæ sent. (XLIX, 8) : « Paulus respondit, impossibile præceptum judicis nullius esse momenti. — Idem respondit, ab ea sententia cui pareri rerum natura non potuit sine causa appellari. » — On retrouve aussi dans d'autres institutions l'influence de la nécessité ou de l'impossibilité qui tiennent aux lois de la nature. Voy. vol. III, § 121 sq.

rieuses que celles de l'arithmétique ; on se trouve donc dispensé de recourir, pour rectifier le jugement, aux formalités ordinaires du droit.

Maintenant il y a des cas qui, malgré leur plus ou moins d'analogie avec l'erreur de calcul, présentent néanmoins un caractère tout différent, et que plusieurs auteurs placent à tort sur la même ligne.

En effet, des erreurs de calcul peuvent se glisser dans des actes étrangers à un procès, et devenir un motif d'attaque contre ces actes. Si, par exemple, le compte d'un marchand se composant de divers articles, par suite d'une erreur commise dans l'addition ce marchand paye plus qu'il ne doit, il peut, pour obtenir son remboursement, exercer la *condictio indebiti*. Le litige peut se terminer par une transaction ou par un jugement (*o*) ; mais tout en se rattachant à une erreur de calcul, ces conséquences n'ont rien de commun avec la règle posée plus haut sur l'er-

(*o*) Il est question d'un cas de ce genre dans la L. un., C., de err. calculi (II, 5). Voici un texte dont le sens est douteux : Paulus, V, 5, A, § 11 : « Ratio calculi sæpius se patitur supputari, atque ideo potest quocunque tempore retractari, si non longo tempore evanescat. » Le commencement ressemble tout à fait au texte cité du code (« unde rationes etiam sæpe computatas denuo tractari posse »), et ainsi il pourrait se rapporter à un acte extrajudiciaire. Mais les mots « *quocunque tempore* retractari » paraissent signifier qu'on n'est pas astreint aux délais de l'appel, et alors Paul aurait eu en vue le cas d'une erreur de calcul commise dans un jugement (note *i*).

reur de calcul contenue dans un jugement. — Il y a ensuite des jugements fondés sur une erreur de calcul, mais où l'erreur, au lieu de ressortir du jugement lui-même, est établie par les moyens invoqués contre le jugement, c'est-à-dire quand les éléments du nouveau compte ne sont pas ceux adoptés par le juge. Cela rentre alors dans les moyens d'un appel ordinaire (*p*), et n'a rien de commun avec notre règle. Il faut donc distinguer soigneusement les divers rapports sous lesquels l'erreur de calcul peut se présenter et excercer son influence.

A la règle qui défend d'attribuer jamais à l'erreur de calcul l'autorité de la chose jugée (note *i*), Macer rattache immédiatement cette autre règle, qu'il n'est pas besoin de se pourvoir par appel contre un jugement rendu en violation d'une constitution impériale (*q*). On pourrait être

(*p*) C'est à cela que se rapporte la L. 2, C., de re jud. (VII, 52) : « Res judicatæ si *sub prætextu* computationis instaurentur, nullus erit litium finis. » Ainsi entendu, ce texte n'est point en contradiction avec la L. 1, § 1, quæ sent. (note *i*), puisqu'il parle d'un cas tout différent. Les mots décisifs sont ici *sub prætestu*. Dans l'espèce dont parle le texte de Macer inséré au Digeste il ne saurait être question de *prætextus*, puisque l'erreur de calcul est évidente.

(*q*) L. 1, § 2, quæ sent. (XLIX, 8). Cf. L. 27, 32, de re jud. (XLII, 1); L. 19, de appell. (XLIX, 1), d'où l'on voit aussi que la violation d'une *lex* ou d'un sénatus-consulte était mise sur la même ligne que la violation d'une constitution impériale.

tenté d'assimiler ce cas à celui de l'erreur de calcul, et penser que le juge peut alors rectifier son jugement lui-même, comme s'il s'agissait d'une simple erreur de copiste. Mais on se tromperait fort, car ces deux cas ont une nature très-différente. Un jugement rendu en violation d'une loi ne peut être réformé que par les voies de droit; seulement, l'attaque dirigée contre le jugement ainsi rendu n'est pas soumise aux règles restrictives et aux formalités de l'appel. Voici maintenant la différence essentielle qui existe entre l'erreur de calcul et la violation d'une loi. L'erreur de calcul une fois signalée se reconnaît immédiatement. Pour constater la violation d'une loi, il faut d'abord en déterminer le contenu, et cela présente souvent des difficultés; il faut ensuite rapprocher la loi du jugement : alors peut se présenter la question de savoir si le juge a réellement méconnu la loi, ou bien s'il s'est trompé dans son application aux faits de la cause; car dans ce dernier cas on n'est pas dispensé des conditions régulières de l'appel (*r*).

Plusieurs institutions très-importantes de la procédure moderne se rattachent à cette règle du droit romain qui dispense des règles et des formalités ordinaires de l'appel dans le cas où il y a violation d'une loi. — Ce sont d'abord la nul-

(*r*) L. 32, de re jud. (XLII, 1); L. 1, § 2, quæ sent. (XLIX, 8).

lité du jugement prononcé par le droit commun de l'Allemagne pour violation du *jus in thesi* (*s*); les moyens de cassation admis par la loi française; dans l'ancienne procédure prussienne, l'action en nullité pour violation d'une loi non équivoque, analogue à la procédure du droit commun allemand (*t*); dans la procédure moderne prussienne, les moyens de nullité qui ressemblent aux moyens de cassation de la loi française (*u*).

En énumérant ces diverses institutions des temps modernes, j'ai voulu montrer qu'elles se rapportent exclusivement au droit de la procédure qu'elles n'ont aucun point de contact immédiat avec la théorie de l'autorité de la chose jugée, et dès lors qu'elles diffèrent essentiellement des dispositions du droit romain sur les erreurs de calcul. Toutes ces institutions sont des voies de droit ouvertes contre les jugements, et en ce sens elles ont de l'affinité avec l'appel, bien qu'elles s'en distinguent plus ou moins par leurs formes et leurs conditions (*v*).

(*s*) Linde, Lehrbuch, § 419-422.

(*t*) Allgemeine Gerichtsordnung, Th. I, Tit. 16, § 2, n. 2.

(*u*) Loi du 14 déc. 1833 (Gesetzsammlung, 1833, p. 302).

(*v*) La loi prussienne reproduit les prescriptions du droit romain sur les erreurs de calcul. A. G. O. I, 14, § 1 : « Quand un jugement de première instance paraît contenir une erreur portant soit sur les mots, les noms ou les chiffres..., il n'y a pas lieu à appel, mais... le tribunal... doit rectifier l'erreur qu'il a commise », au moyen d'un *registratur*, etc.

§ CCXCIII. *Détermination plus rigoureuse du contenu du jugement. — Les motifs ont l'autorité de la chose jugée. — Auteurs.*

Cette recherche sur l'autorité des motifs serait incomplète si je ne finissais par un résumé des opinions des auteurs sur la question. La divergence des opinions sur une matière dont l'application pratique est si fréquente a droit de nous surprendre; mais elle tient à ce que l'on a négligé de bien distinguer les éléments et les diverses questions comprises dans le problème, avant d'en chercher la solution.

Je rattacherai l'exposé de la littérature du droit prussien sur cette matière à celui du droit commun de l'Allemagne. Ce rapprochement ne pourrait se justifier, si ici, comme pour les parties les plus importantes de la procédure proprement dite, le droit prussien eût ouvert une route nouvelle; mais la pratique et la littérature du droit prussien n'ont pour base en cette matière qu'un petit nombre de dispositions législatives, qui n'épuisent nullement le sujet. Les rédacteurs de ces textes si courts et si incomplets n'ont évidemment pas prétendu donner à l'autorité de la chose jugée une base nouvelle; ils ont seulement voulu résumer en peu de mots les règles sur l'autorité de la chose jugée établies par le droit commun de l'Allemagne, règles bien

connues de tous les juges d'alors qui en faisaient l'application.

Pour l'intelligence complète de cet exposé il est nécessaire de bien distinguer deux points de vue sous lesquels la législation, la science et la pratique peuvent envisager l'autorité de la chose jugée, et arriver à des résultats en grande partie opposés. Je rappellerai d'abord ce que je disais plus haut (§ 291) : à l'autorité de la chose jugée se lie, par une connexion nécessaire, la possibilité et le besoin de l'appel ; tout ce qui doit avoir l'autorité de la chose jugée peut et doit être attaquable par la voie de l'appel, et réciproquement l'appel est non recevable et inutile pour tout ce qui n'a pas l'autorité de la chose jugée.

L'un des points de vue sous lesquels on peut envisager l'autorité de la chose jugée est la satisfaction du besoin actuel. Il s'agit alors d'arriver par les moyens les plus prompts et les plus efficaces à la décision définitive du litige engagé. Si cette décision peut servir en outre pour des procès ultérieurs, nous devons nous en féliciter ; mais c'est là une considération secondaire, qui doit peu nous occuper.

Le point de vue opposé est la fixation définitive à l'époque du jugement de tous les rapports de droit sur lesquels un litige est engagé entre les parties. Sans doute on doit accueillir tout ce qui peut hâter ou faciliter la décision pratique

du procès actuel, mais le but principal ne doit en aucun cas être sacrifié à ce but secondaire (*a*).

Ce second point de vue est sans aucun doute celui des jurisconsultes romains, comme l'atteste le soin avec lequel ils ont approfondi et développé les principes qui régissent l'autorité de la chose jugée, et qui font l'objet de la présente recherche.

Dans les temps modernes, le second point de vue a été souvent adopté d'une manière exclusive par les auteurs et par les tribunaux; et c'est là qu'il faut chercher le principal motif de la grande divergence des opinions en cette matière.

Les opinions adoptées par les auteurs peuvent se ranger en trois classes.

1) La plupart refusent absolument aux motifs l'autorité de la chose jugée, sans même excepter le cas où les motifs sont partie intégrante du prononcé du jugement (*b*). Je range dans la même classe ceux qui n'attribuent de valeur aux mo-

(*a*) Par là il ne faut pas entendre que le jugement ne doive jamais être rendu que quand toutes les questions du procès sont susceptibles de recevoir une solution : je me suis déjà expliqué là-dessus p. 355; mais tout ce qui peut recevoir une solution immédiate ou prochaine doit être réglé par le jugement; de telle sorte que pour l'avenir le droit se trouve fixé définitivement.

(*b*) Berger, OEcon. forensis. lib. IV, Tit. 22, Th. 4, not. 6. — Hymmen, Beiträge, vol. VI, p. 102, n. 45. — Martin, Prozesz, § 113, note *d*. — Linde, Lehrbuch, § 381, note 5.

tifs que quand ils servent à expliquer un jugement équivoque (*c*), car ces auteurs méconnaissent le véritable sens des motifs et leur connexion intime avec le jugement.

II) Quelques-uns attribuent aux motifs l'autorité de la chose jugée quand ils sont insérés dans le jugement, non quand ils occupent une place distincte. Mais ils blâment cette insertion des motifs dans le jugement, et ainsi ils regardent comme une nécessité fâcheuse l'autorité qu'ils leur attribuent en ce cas. Cette opinion, soutenue d'abord par Wernher, a été depuis adoptée par Claproth(*d*). — Wernher, modifiant plus tard son opinion, admit l'autorité des motifs, même distincts du jugement, par la raison que le juge les communique aux parties avec le prononcé de sa sentence ; aussi pense-t-il qu'il vaudrait mieux ne jamais les faire connaître (*e*).

Cette doctrine, et surtout la critique de toute publication des motifs, nous reporte évidemment au sytème dont j'ai déjà parlé, d'après lequel il s'agit uniquement de répondre au besoin actuel et de couper court aux discussions juridiques, non de fixer définitivement pour l'avenir les rapports de droit litigieux. Telle est aussi la

(*c*) Cocceji Jus contr. XLII, 1, Qu. 8; Pufendorf, Obs. I, 155.

(*d*) Wernher, Obs., T. 1, P. 4. Obs. 172. — Claproth, Ordentl. Prozesz, Th. II, § 210.

(*e*) Wernher, Obs., T. 3, P. 3; Obs. 97, n. 24-32.

base de l'opinion qui refuse aux motifs l'autorité de la chose jugée indépendamment de leur forme et de la place qu'ils occupent.

III) Enfin une troisième classe d'auteurs reconnaît le rapport intime qui existe entre les motifs et le contenu du jugement; c'est pourquoi ils admettent leur autorité sans égard à la forme qu'ils revêtent ou à la place que le juge leur assigne.

Parmi les auteurs modernes, le premier qui, à ma connaissance, ait professé cette doctrine est J. H. Bohmer. Il appelle les motifs partie intégrante du jugement, l'âme de la sentence, le complément de la pensée du juge, et aussi leur attribue-t-il la même autorité qu'au prononcé du jugement (*f*).

A cette classe d'auteurs appartient ensuite Bayer; car il dit expressément que tout point litigieux décidé par le juge acquiert l'autorité de

(*f*) Böhmer, Exercit. ad Pand., t. V, p. 534, § 18 : « Equidem rationes decidendi virtualiter sententiæ inesse creduntur, cum contineant fundamenta, quibus judex motus sententiam eo quo factum est modo tulit, adeoque eamdem vim cum ipsa sententia habere videntur, utpote cujus anima et quasi nervus sunt. » (Cela se retrouve littéralement dans le Jus eccl. Prot. lib. 2, T. 27, § 14.) — Böhmer refuse avec raison l'autorité de la chose jugée à la partie des motifs où, pour plus de clarté, le juge se livre à des considérations étrangères au procès, par exemple s'il se prononce sur l'état de la propriété à propos d'une action possessoire; et, en effet, ces considérations rentrent dans les motifs purement subjectifs (§ 291, *e*).

la chose jugée, soit que la décision se trouve dans le jugement lui-même ou dans l'exposé des motifs (*g*). Je citerai aussi Wachter ; il ne traite pas spécialement la question, mais il expose les principes du droit romain sur l'autorité de la chose jugée en des termes qui impliquent la solution ici adoptée (*h*).

Deux auteurs modernes, Kierulff et Buchka, s'expriment d'une manière plus formelle et plus explicite ; mais j'ai dû combattre plus haut l'origine qu'ils attribuent historiquement à ces principes sur l'autorité de la chose jugée. Le premier (*i*) soutient avec raison « que l'on doit consulter l'esprit et non pas seulement la lettre du jugement. » Il dit ailleurs : « Le jugement sous sa forme concrète réside dans ce qu'on appelle les motifs ; la condamnation ou l'absolution n'en sont que la conséquence juridique. On ne connaît réellement la décision du juge que quand on connaît les motifs, et ce qu'on appelle le dispositif n'en donne qu'une notion superficielle. » Les principes ainsi posés suffisent pour résoudre d'une manière satisfaisante toutes les questions particulières relatives à l'autorité des motifs. Mais le même auteur joint à ces vérités une erreur

(*g*) Bayer, Civilprozesz, p. 184, 4e éd.

(*h*) Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts, v. II, § 73.

(*i*) Kierullf, p. 250, 254, 256, 260. Cf. § 283, p. 285.

historique des plus graves; il prétend que cette doctrine est étrangère au droit romain, et qu'elle est le fruit de l'*æquitas* dont le droit moderne a assuré la suprématie. Cette erreur se rattache à une assertion que j'ai déjà combattue. On prétend que les Romains, toujours asservis par le principe de la consommation de la procédure, n'ont jamais connu la fonction positive de l'*exceptio rei judicatæ*, et dès lors n'ont jamais appliqué dans toute sa pureté la règle que l'autorité de la chose jugée appartient au *contenu* du jugement (§ 283).

J'ai déjà essayé la réfutation de cette erreur, je vais la compléter ici. Mes adversaires devraient nous apprendre quand et comment s'est introduit le sage principe du droit actuel, surtout dans son application à l'autorité des motifs. On pourrait attribuer cette réforme à une loi de l'empire d'Allemagne, mais cette loi n'existe pas. Quelques auteurs auraient pu établir une théorie savante, généralement admise et en opposition avec le droit romain; ou bien encore, sans le secours de la théorie, une pratique intelligente aurait pu introduire cette règle salutaire. Mais on a vu que jusqu'à nos jours presque tous les auteurs ont eu sur cette matière, et notamment sur l'autorité des motifs, des doctrines très-incomplètes et plus ou moins contradictoires; et parmi ces auteurs figurent les seuls dont le témoignage

puisse être invoqué sur l'état de la pratique. D'après cette réunion de circonstances examinées impartialement, on voit que la supposition de ces auteurs est inadmissible, quels que soient d'ailleurs les principes du droit romain.

Buchka traite la question absolument dans le même sens, mais avec plus de détails, et il montre une étude plus approfondie des sources. Les principes qu'il expose sur l'autorité des motifs sont plus exacts que ceux des auteurs qui l'ont précédé (*k*). Il enseigne que le juge peut et veut prononcer sur tout ce qui est fixé comme objet du litige par les actes de la procédure jusqu'à la duplique. Ainsi donc, pour connaître la décision investie de l'autorité de la chose jugée, il faut recourir non-seulement au dispositif de la sentence, mais aux motifs qui l'accompagnent. Buchka, par une juste application de ces principes, attribue l'autorité de la chose aux points préjudiciels, et notamment à la *legitimatio ad causam*. Mais après avoir constaté ce qu'il regarde comme une conquête du droit actuel, il prétend que le droit romain restreint l'autorité de la chose jugée au jugement lui-même, et qu'il ne l'étend pas aux motifs, notamment aux points préjudiciels (*l*).

(*k*) Buchka, v. II, p. 183-209, surtout p. 183, 184, 207.

(*l*) Buchka, v. I, p. 290-314, surtout p. 301, 305, 308. Il cherche par une interprétation forcée à écarter les textes les plus clairs (L. 7, § 4, 5, de exc. r. j. XLIV, 2) qui établissent

Les observations que j'ai présentées sur la doctrine de Kierulff trouvent ici une entière application.

En voyant chez les auteurs des opinions aussi contradictoires et souvent aussi erronées, il semble que la pratique doive présenter les mêmes contradictions et les mêmes erreurs. Néanmoins je doute de la légitimité de cette conclusion, et j'incline à croire que plusieurs des auteurs cités ont vu suivre et ont suivi eux-mêmes une pratique meilleure que leurs écrits. Cette circonstance s'explique par une observation déjà présentée au commencement de ce paragraphe : les fausses doctrines professées sur cette matière tiennent moins à des erreurs réfléchies, qu'à la confusion des idées sur la position des questions à résoudre.

Je puis ajouter, d'après des renseignements certains, que le tribunal suprême d'appel du royaume de Saxe, siégeant à Dresde, suit une jurisprudence entièrement conforme aux principes que je viens d'exposer. Cette conformité résulte des règles suivantes adoptées par ce tribunal.

Les décisions insérées dans les motifs, mais portant sur des objets soumis au tribunal, et

les vrais principes du droit romain sur l'autorité de la chose jugée (p. 296). Quant aux arguments qu'il cherche dans d'autres textes (notamment pour l'action en aliments, p. 305, et pour la *pignoris capio*, p. 308), je les réfuterai plus bas, § 298.

qui dès lors font partie intégrante du dispositif, participent à l'autorité de la chose jugée.

Les motifs exprimés pour justifier le rejet de la demande, et tous ceux non exprimés mais que la décision implique nécessairement, ont, comme le dispositif, l'autorité de la chose jugée.

On peut donc se pourvoir par appel contre les motifs du jugement, tant que le jugement lui-même peut être attaqué par la voie de l'appel.

§ CCXCIV. *Détermination plus rigoureuse du contenu du jugement. — Les motifs ont l'autorité de la chose jugée. — Droit prussien.*

Les textes du droit prussien relatifs à l'autorité de la chose jugée sont tellement généraux (*a*), que leurs auteurs ont voulu évidemment adopter les principes du droit commun et se contenter de les confirmer.

Quant à l'autorité des motifs, il y a un texte qui au premier abord semble l'exclure absolument et attacher la plus haute importance à la place qu'occupe une décision judiciaire.

Allg. Gerichtsordnung, I, 13, § 38 : « Les colléges « de juges et les rédacteurs des jugements doi- « vent soigneusement distinguer la décision réelle « de ses motifs, et leur assigner une place dis-

(*a*) A. G. O. Einleitung, § 65, 66, et I, 16, § 1.

« tincte, et ne jamais les confondre, *car de sim-*
« *ples motifs ne doivent jamais avoir l'autorité*
« *de la chose jugée* (*b*). »

Ce texte ne nous dit pas ce qu'il faut entendre par motifs, et l'expression *simples* motifs permet de croire qu'il y en a de plusieurs espèces, ce qui s'accorderait parfaitement avec les principes que j'ai établis plus haut (*c*).

Mais un peu avant le texte que je viens de citer, il en existe un autre que je dois signaler, et dont le plus souvent on ne fait pas usage dans les discussions sur l'autorité de la chose jugée.

(*b*) Les matériaux pour la *Allg. Gerichtsordnung* ne nous apprennent rien sur l'origine et le sens de ce texte. Le projet écrit de la main de Suarez (vol. XV, fol. 44) est littéralement conforme au texte imprimé. Le Corpus j. Frid. 1781, Tit. 13, § 11, reproduit ce texte, sauf de légères différences (par exemple *maaszen* au lieu de *indem*). Un projet antérieur, aussi de la main de Suarez, reproduit les mêmes dispositions, mais avec quelques variantes dans les termes; on y trouve par exemple plusieurs expressions latines telles que *distinguiret, vice versa* (v. V, fol. 61 ; dans ce projet notre texte appartient au Tit. 14). Un projet encore plus ancien de Carmer (1775) ne renferme aucune disposition de ce genre (v. II, fol. 75-77; cette matière fait partie du cap. XVII). — J'en dis autant du § 36. Dans le Corpus j. Frid. 1781, Tit. 13, § 10, on ne trouve que de légères différences avec la A. G. O. (« Les questions préliminaires et préjudicielles existant au procès. ») Le projet de Suarez, v. V, fol. 61, porte : « *passus præliminares et præjudiciales.* »

(*c*) Un auteur moderne a déjà appelé l'attention sur ces expressions; cet auteur est Koch, Lehrbuch des Preusz. Rechts, v. I, § 199.

La question de l'autorité des motifs a surtout une importance pratique, quand à côté de l'action principale il existe certaines questions préjudicielles, parmi lesquelles figure notamment ce que l'on appelle *exceptiones litis finitæ* (la transaction, par exemple) et *legitimatio ob causam*. Voici la distinction très-raisonnable que la loi prussienne établit en pareil cas (*d*). Si la question préjudicielle est susceptible d'une solution prompte et facile, et que l'action principale présente des difficultés, l'action préjudicielle s'instruit d'abord et se juge séparément ; dans ce cas, pas de doute possible sur l'autorité de la décision. Si, au contraire, les deux questions « offrent à peu près les mêmes difficultés, » on s'en tient à la règle, que « l'action principale et l'exception s'instruisent et se jugent en même temps (*e*). » Maintenant il s'agit de savoir comment s'applique cette règle.

Dans l'opinion de ceux qui refusent aux motifs toute autorité, le juge ne doit prononcer qu'une condamnation ou une absolution ; dès lors l'opinion qu'il se forme sur les questions préjudiciel-

(*d*) A. G. O. I, 10, § 62-81, *b*.

(*e*) A. G. O. I, 10, § 62, *c*, et § 63 rapprochés du § 68. La même règle s'applique quand le principal est simple et facile et l'exception difficile, à moins toutefois qu'au principal il n'y ait lieu de rejeter immédiatement la demande, car alors il devient inutile de prononcer sur l'exception, § 64-67.

les, n'étant qu'un des motifs de sa décision, ne figure point dans le jugement, n'acquiert pas l'autorité de la chose jugée, et ne constitue aucun droit à aucune des parties (*f*). S'il n'existait pas sur cette question de disposition législative, on concevrait difficilement que des circonstances tout à fait accidentelles puissent déterminer les limites de l'autorité de la chose jugée. En effet, quelles sont ces circonstances? Une présomption abandonnée à la libre appréciation du juge. S'il croit la question préjudicielle plus facile à juger que la demande principale, il rend sur la question préjudicielle une décision spéciale, qui acquiert l'autorité de la chose jugée ; et le contraire aurait lieu si, n'admettant pas cette présomption, il n'avait pas prononcé séparément sur la question préjudicielle.

Mais voici une disposition législative expresse sur le cas qui nous occupe, celui où le juge prononce simultanément sur les points préjudiciels et sur la demande principale.

Allg. G. O. I, 13, § 36 :

« Le jugement doit comprendre d'abord toutes « les questions préjudicielles et incidentes, et don- « ner sur chacun de ces points le motif de la « décision ; il doit ensuite prononcer sur la de- « mande principale, et si cette demande porte

(*f*) On verra plus bas que cette doctrine rigoureuse a été adoptée de nos jours.

« sur plusieurs points, chacun de ces points doit « être décidé successivement, et toujours avec in« dication des motifs (*cf.* note *b*).

Ainsi, des décisions qui ne portent pas immédiatement sur le fond du procès, car elles ne renferment ni condamnation ni absolution directe, et qui d'après l'usage des tribunaux figurent dans les motifs et non dans le jugement, doivent d'après ce texte être insérées dans le dispositif lui-même, et acquérir ainsi l'autorité de la chose jugée.

Ce texte confirme, suivant moi, les principes établis plus haut sur l'autorité des motifs (objectifs) du jugement. Le seul doute que l'on puisse élever contre cette interprétation serait que la loi prend l'expression *questions préjudicielles* dans un sens restrictif. J'entends par questions préjudicielles toutes celles qui, indépendamment du mérite de la demande principale, peuvent motiver un jugement définitif, en dispensant le juge d'examiner si la demande principale est bien ou mal fondée. Je range dans cette classe les *exceptiones litis finitæ*, comme aussi les *exceptiones litis ingressum impedientes*, l'*exceptio deficientis legitimationis ad causam*, et plusieurs autres encore. La loi dit formellement que toutes ces questions doivent se juger de la même manière et d'après la distinction établie plus haut (*g*).

(*g*) Les § 79-81, *b*. (G. O. I, 10) rapprochés des § 62-78, *b*,

Si elles sont plus faciles à juger que la demande principale, elles deviennent l'objet d'une décision distincte et qui dès lors précède toute décision sur cette demande (*h*). Si elles présentent à peu près les mêmes difficultés, elles se jugent en même temps que la demande principale, et à ce cas s'applique le § 36 cité plus haut, qui dès lors donne à l'expression *actions préjudicielles* toute l'extension possible (*i*).

Si l'on m'objecte que dans la pratique les jugements ne sont pas rédigés ainsi que l'exigerait le § 36, je réponds : Nous n'avons pas à rechercher si la pratique viole réellement la loi,

ne laissent aucun doute sur l'assimilation complète établie par la loi entre les divers cas ici énumérés.

(*h*) C'est précisément parce que ces questions peuvent recevoir une décision distincte et préliminaire qu'on les appelle questions *préjudicielles*.

(*i*) Le § 81, *a*, porte que la *legitimatio ad causam* est un *point préjudiciel*, et ces mots : *autres points préjudiciels*, qu'on lit en marge du § 81, *b*, prouvent que tous les cas précédents sont regardés comme des points préjudiciels, et cette dénomination leur convient parfaitement. Sur l'expression *points* ou *questions préjudiciels*, cf. Bethmann-Hollweg, Versuche, p. 123-137, et A. G. O. I, 5, § 29. — J'ai traité cette question avec détails, parce que récemment on a essayé de donner du § 36 une explication arbitrairement restrictive. Waldeck, dans le Neuen Archiv für Preuszisches Recht, Jahrg. 7 (1841), p. 469-471, lui-même reconnaît que la *legitimatio ad causam* est un point préjudiciel (sur lequel le § 36 exige une *décision*). Si donc elle est un des objets des jugements, et acquiert l'autorité de la chose jugée, cette autorité attribuée aux motifs est reconnue en principe.

ou si lorsqu'elle s'en écarte elle obéit à une impérieuse nécessité ; il s'agit uniquement de connaître le véritable sens de la loi, et d'après l'explication qui précède on voit qu'elle attribue aux motifs objectifs l'autorité de la chose jugée; et pour assurer l'exécution de sa volonté elle ordonne d'insérer dans le jugement lui-même tout ce qui exprime réellement les motifs objectifs.

Je vais indiquer d'après l'ordre chronologique tous les monuments connus de la jurisprudence relative à ces lois. Je comprends dans cette liste tant les décisions des tribunaux que les rescrits de l'autorité supérieure.

1) Jugement du tribunal suprême du 22 août 1817 (*k*).

Un locataire de moulins demande la remise de différents termes pour trouble apporté à sa jouissance. Un jugement définitif déclare que le locataire a droit à la remise, sous la condition néanmoins de fournir le compte d'administration ordonné par le code. Le demandeur ne peut établir ce compte, et néanmoins il réclame de nouveau la remise des termes de loyer.

Deux jugements rejettent cette nouvelle demande en vertu du premier jugement. Mais un jugement de révision accorde la remise, en écartant l'autorité de la chose jugée par deux motifs.

(*k*) Simon und Strampff Rechtsspruche, v. I, p. 62.

D'abord le défendeur lui-même avait déclaré dans la première instance qu'il consentait à ce que la preuve fût établie, soit par un compte, soit de toute autre manière. Ensuite le jugement se contredisait lui-même, puisqu'il reconnaît la remise comme fondée en droit et néanmoins la soumet à une condition.

Au premier abord on pourrait voir dans cette décision une libre appréciation de la chose jugée, et notamment la reconnaissance de l'autorité des motifs. J'y vois au contraire une véritable violation de l'autorité de la chose jugée. En effet la déclaration de l'une des parties contenue dans les actes de la procédure n'est pas un des motifs du jugement, et si elle n'a pas été visée, cette omission pourrait tout au plus fournir un moyen d'appel. Ensuite il n'y a aucune contradiction à reconnaître une demande comme fondée, mais sous condition, c'est-à-dire en partie.

2) Rescrit du 18 novembre 1823 (*l*) (Ministre Kircheisen).

Le dispositif d'un jugement qui rejette une demande n'a pas besoin d'en reproduire tous les détails, « car les motifs qui accompagnent le jugement... apprennent à la partie qui succombe « tout ce qu'il lui importe de savoir. »

Ce rescrit, sans être très-explicite, semble

(*l*) Kamptz, Jahrbücher, v. XXII, p. 173.

conforme au principe que les motifs font partie intégrante du jugement; autrement, les motifs n'apprendraient pas à la partie qui succombe tout ce qu'il lui importe de savoir, c'est-à-dire si elle a moyen d'interjeter appel.

3) Rescrit du 28 juillet 1835 (*m*) (Ministre Mühler).

On y voit que la reconnaissance d'un droit ne constitue un jugement véritable que si on la rattache aux motifs. Ainsi un jugement fondé sur un motif contraire aux lois doit être annulé, lors même qu'on pourrait le justifier autrement, et qu'en définitive sa décision devrait être maintenue.

Ce rescrit applique évidemment les vrais principes sur la connexion qui existe entre les motifs et le jugement.

4) Jugement du tribunal du 1er décembre 1843 (*n*).

Le propriétaire d'un fief réclame des sommes qui lui sont dues pour certains droits féodaux; le défendeur réclame par une action reconventionnelle l'annulation de l'hypothèque qui garantit ces droits. Le défendeur est condamné à payer, et son action reconventionnelle est rejetée. Maintenant l'ancien défendeur prétend que son

(*m*) Kamptz, Jahrbücher, v. XLVI, p. 112.

(*n*) Koch, Schlesisches Archiv, v. V, p. 277 sq. Le texte principal se trouve p. 283-285. L'éditeur signale encore dans ce jugement d'autres points qui prêtent à la critique.

immeuble n'étant grevé d'aucun droit féodal est libre de toute espèce d'hypothèque. Deux tribunaux rejettent successivement cette nouvelle demande en vertu de l'*exceptio rei judicatæ*. Ces jugements sont attaqués en nullité, et réformés par le motif que le premier jugement avait prononcé sur certaines redevances féodales, non sur le droit de fief lui-même, et que dès lors les autres juges ont faussement attribué aux motifs l'autorité de la chose jugée, qui appartient exclusivement au dispositif.

Cette décision est en contradiction directe avec les principes exposés plus haut sur l'autorité des motifs.

5) Décision (Plenarbeschlusz) du tribunal du 23 janvier 1843 (*o*).

Le cas dont il s'agit ici ne rentre pas directement dans notre question, mais les motifs de cette décision expriment la doctrine suivante. Quand il y a plusieurs exceptions opposées à la demande, et que le juge veut prononcer une absolution, il doit la prononcer purement et simplement, sans exprimer s'il rejette la demande elle-même ou s'il admet l'une ou l'autre des exceptions. Autrement le défendeur à qui l'on donne gain de cause, dans le cas où le demandeur ap-

(*o*) Entscheidungen des O. Tribunals, v. IX, p. 128 sq. Le texte principal se trouve p. 132-133.

pellerait du jugement, se verrait obligé d'appeler lui-même des motifs qui lui sont préjudiciables.

Ici évidemment on reconnait le point de vue critiqué plus haut (§ 293), d'après lequel on doit uniquement s'occuper de hâter et de faciliter la décision du procès actuel, sans s'inquiéter de l'avenir, et surtout autant que possible fermer la voie de l'appel. Pour reconnaître combien ce point de vue est étroit et exclusif, il suffit de signaler les cas où un jugement rendu d'après ces principes acquiert immédiatement l'autorité de la chose jugée, ou bien est rendu en dernier ressort. La préoccupation d'abréger un procès peut en faire surgir un grand nombre, qui n'auraient jamais eu lieu si l'on eût donné à l'autorité de la chose jugée son extension légitime. Ensuite je ne comprends pas comment on peut concilier cette doctrine avec le texte de la loi (Gerichtsordnung, I, 13, § 36) cité précédemment.

6) Décision (Plenarbeschlusz) du tribunal du 19 septembre 1845 (*p*).

Quand un défendeur, tout en combattant la demande au fond, oppose en outre des exceptions préjudicielles, ces exceptions peuvent, suivant les circonstances, être instruites et jugées séparément. Mais quand l'instruction se fait si-

(*p*) Entscheidungen des O. Tribunals, v. XI, p. 118-122.

multanément, les exceptions préjudicielles (d'après cette décision du tribunal), doivent figurer non dans le dispositif, mais dans les motifs; dès lors ce que le tribunal prononce sur ces exceptions n'a pas l'autorité de la chose jugée, et n'est point susceptible d'appel.

J'applique à cette décision du tribunal ce que j'ai dit de la précédente; la violation de la loi déjà citée (A. G. O. I, 13, § 36) y est encore plus directe et plus évidente.

7) Jugement du tribunal du 26 janvier 1847 dans l'affaire Neste de Molstow contre Ulrike Amalie Koltermann (communiqué en manuscrit). Les motifs de ce jugement renferment un passage tout à fait d'accord avec les principes que j'ai posés :

« Le défendeur avait déjà invoqué l'acquisi-
« tion des droits successifs faite par l'acte du
« 1er juillet 1142, et il l'avait opposée *excipiendo* à
« la demanderesse. Le juge de révision avait re-
« jeté l'exception par le motif que ce contrat ne
« pouvait préjudicier à la demanderesse. Comme
« il s'agit d'une exception, cette décision ne figure
« que dans les motifs; néanmoins l'exception ainsi
« rejetée est définitivement condamnée, et ne sau-
« rait donner lieu à une protestation ultérieure
« ou à une nouvelle action (*cf.* Wachter, Hand-
« buch, v. II, p. 558, 567). »

Il me reste à montrer comment notre ques-

tion a été envisagée par les auteurs qui ont écrit sur le droit prussien.

Grävell, dans plusieurs passages de son commentaire sur la *Gerichtsordnung* (*q*), parle du rapport entre les points préjudiciels et le jugement lui-même, comme aussi de l'autorité de la chose jugée; mais ses expressions, bien qu'elles semblent indiquer des vues assez saines, sont si peu précises, que je ne saurais dire si cet auteur adopte ou non les mêmes principes que moi.

Koch, au contraire, dans plusieurs de ses écrits, établit de la manière la plus formelle, touchant l'autorité des motifs, la doctrine que j'ai représentée comme celle du droit prussien et du droit commun de l'Allemagne (*r*).

(*q*) Grävell, Comm. über die A. G. O. vol. I, p. 145, vol. II, p. 681, 685, 686.

(*r*) Koch, Lehrbuch des Preuszischen Rechts, vol. I, § 199; 200, et Juristiche Wochenschrift, 1837, p. 1-10, p. 21-34. L'espèce suivante est surtout décisive (p. 1, 2, 31, 32). Une *exceptio non numeratæ pecuniæ* avait été opposée à une demande en payement d'intérêts échus; cette exception avait été rejetée et le défendeur condamné à payer. Plus tard celui-ci demande la restitution du titre de créance en vertu de la *condictio sine causa*, et cela d'après le motif qu'il avait déjà fait valoir inutilement comme exception. Le premier juge rejette la demande, comme contraire à l'autorité de la chose jugée. Le juge d'appel réforme cette sentence, parce que, dit-il, les deux actions ont des objets différents, et que lors du premier procès l'existence du prêt a bien été reconnue, mais dans les motifs et non dans le dispositif, qui seul a l'autorité de la chose jugée. — Koch critique justement cet arrêt.

Je terminerai cette recherche en signalant les points de contact qu'elle a avec une question toute différente, qui de nos jours a donné lieu à des discussions savantes et profondes, la question de savoir si dans un collége de juges on doit opiner sur les motifs ou bien seulement sur le résultat définitif (s). Dans le premier cas on établit le résultat d'après les divers motifs adoptés par la majorité, de peur que la majorité n'acceptât pas directement ce résultat. Dans le second cas on met en harmonie avec le résultat les divers motifs exprimés, de peur que ces motifs ne fussent pas approuvés directement par la majorité (t).

Je ne pourrais sans m'écarter de mon sujet traiter ici cette question difficile et compliquée; je veux seulement indiquer comment elle se rattache aux principes que je viens d'exposer sur l'autorité des motifs. Si ces principes sont vrais, c'est-à-dire si les motifs objectifs font réel-

(s) Autorités pour le vote sur les motifs : rescrit ministériel de 1819, second de 1834, troisième de 1840 (Ergänzungen und Erläuterungen der Preuszischen Rechtsbücher, vol. VIII, Breslau 1843, zu G. O. I, 13, § 31, p. 314, 315; Justiz-Ministerialblath, 1841, p. 18-24); Göschel, Zerstreute Blätter, vol. I, p. 238; Koch, Lerbuch des Preuszischen Rechts, vol. I, § 64. — Autorités pour le vote sur le résultat : Dorguth, Juristiche Wochenschrift, 1841, p. 153, 173, 625, 645, 647, 671; Waldeck, dans le Neuen Archiv für Preuszisches Recht, Jahrg. 7 (1841), p. 427-471.

(t) C'est ce que veut expressément Dorguth, p. 159, n. 11.

lement partie intégrante du jugement et participent à l'autorité de la chose jugée, l'on doit nécessairement opiner sur chacun des motifs objectifs, et non pas uniquement sur la condamnation ou sur l'absolution, car sans cela cette partie du jugement ne serait pas rendue par la majorité. Resterait ensuite à savoir si pour les motifs subjectifs on ne doit pas adopter le procédé inverse (*u*).

§ CCXCV. *Autorité de la chose jugée.* — II. *Ses effets.* — *Introduction.*

Je me suis occupé jusqu'ici de déterminer les conditions de l'autorité de la chose jugée, il me reste à rechercher quels sont ses effets (*a*).

Parmi ces effets on distingue trois degrés, qui répondent aux institutions suivantes : l'exécution, l'*actio judicati*, l'exception de la chose jugée.

Les deux premières de ces institutions ont une application restreinte aux jugements de condamnation, tandis que la troisième, l'exception,

(*u*) Pour moi je n'ai aucune difficulté à adopter pour les motifs subjectifs la même manière de procéder que pour les motifs objectifs. Il y aurait lieu d'en faire l'application si, par exemple, il y avait différentes objections élevées contre les témoins ou les actes produits.

(*a*) J'ai montré à la fin du § 283 le lien qui unit ces diverse questions.

est applicable à toute espèce de jugement, tant de condamnation que d'absolution. Mais voici une différence plus importante pour nous. Les deux premières de ces institutions appartiennent surtout au droit de la procédure, la troisième porte entièrement sur le fond du droit, et dès lors est une des matières qui font l'objet spécial de cet ouvrage.

En cas de condamnation l'exécution, quand elle n'est pas librement consentie, est la conséquence la plus directe et la plus sensible de l'autorité de la chose jugée. Néanmoins elle n'a d'autre but que de protéger par la force extérieure la décision du juge, et n'est dès lors que le dernier des actes de la procédure (*b*). L'exécution n'influe donc pas sur le fond du droit par le changement des rapports de droit, et quand elle entraîne de semblables changements, cela tient à des circonstances accidentelles, mais non à sa nature ni à sa destination. En effet la contrainte ne peut être directement employée pour obtenir l'accomplissement des obligations que la condamnation impose au défendeur; il faut donc recourir à des moyens de contrainte indirects ou

(*b*) Parmi les sources du droit romain relatives à ce sujet, je citerai une grande partie du titre du Digeste, de re judicata (XLII, 1), notamment les prescriptions sur le *tempus judicati* (L. 7, L. 4, § 5, L. 29, de re jud., etc.), et celles sur le *pignus in causa judicati captum*.

les remplacer de manière à obtenir l'équivalent de l'exécution forcée (*c*).

Ce que je viens de dire s'applique en grande partie à l'*actio judicati*. Sans doute nous trouvons ici une institution nouvelle portant sur le fond du droit, car elle repose sur une obligation spéciale; néanmoins cette obligation n'est elle-même que le développement et l'accomplissement de l'obligation qui sert de base à la *litiscontestatio* (*d*). A la vérité, cette obligation, n'ayant d'autre matière que l'exécution, n'est sous une autre forme que l'exécution même; dès lors elle participe à la nature de celle-ci, et rentre dans le domaine de la procédure (*e*). — Ainsi tout ce que

(*c*) On peut employer directement la contrainte pour obtenir la restitution d'une chose possédée par le défendeur, ou le payement d'une somme d'argent au moyen d'une saisie et d'une vente. Il n'en est plus de même quand un acte libre du défendeur est nécessaire pour l'exécution du jugement ; il faut alors recourir à la contrainte indirecte, l'emprisonnement, par exemple, ou la substitution par *æstimatio* d'une somme d'argent à l'objet primitif, ce dont le droit romain nous offre de nombreuses applications. Nous trouvons sur cette matière des règles très-différentes établies par la théorie et par la pratique. Cf. Wächter, Heft, II, p. 14-33.

(*d*) Voy. plus haut, § 258, p. 34, 35 ; Keller, p. 199, note 3, cite plusieurs textes relatifs à cette obligation.

(*e*) Une grande partie du texte du Digeste, de re judicata (XLII, 1), traite de l'*actio judicati*, dont la nature générale est exposée dans les textes suivants : L. 4, 5, 6, 7, 41, § 2, 43, 44, 6, de re jud. (XLII, 1). Souvent les jurisconsultes modernes parlent en outre d'une *imploratio officii judicis*, mais c'est toujours au fond l'*actio judicati*, peut-être avec moins

l'on peut désigner comme priviléges de cette action se rattache en grande partie aux formes de la procédure (*f*). Il est néanmoins un de ces priviléges qui porte sur le fond même du droit, et demande à être étudié ici spécialement, je veux parler des intérêts judiciaires.

En effet, lorsqu'un jugement condamne le défendeur à payer une somme d'argent, on peut supposer qu'avant le jugement il était dû pour cette somme des intérêts, soit conventionnels, soit moratoires, soit de procédure, ou qu'il n'en était dû d'aucune espèce. Maintenant on demande si dans ces diverses hypothèses le jugement modifie pour l'avenir l'obligation relative aux intérêts. Le droit romain a longtemps hésité sur la solution de cette question; mais la décision du droit justinien n'est pas douteuse (*g*). A partir du jugement définitif les intérêts de toute espèce cessent de courir, et cette faveur, accordée au défendeur dans le but de lui faciliter l'exécu-

de formalités. Cf. Buchka, vol. II, p. 214. — D'un autre côté, il y a dans plusieurs pays des lois spéciales de procédure qui établissent différents degrés pour l'exercice de ce droit, comme, par exemple, la Preuss. Allg. Gerichtsordnung, Th. I, Tit. 24, § 3; Tit. 28, § 14.

(*f*) Telles sont, dans l'ancien droit, la peine du double payement dans le cas de dénégation du jugement, la *manus injectio*, la *satisdatio*, un *vadimonium* spécial. Gajus, IV, § 9, 21, 25, 102, 186.

(*g*) L. 13, C., de usur. (IV, 32); L. 1, 2, 3, C., de us. rei jud. (VII, 54).

tion volontaire, dure quatre mois. Si dans ce délai le défendeur ne paye pas, les anciens intérêts ne recommencent pas à courir, mais de nouveaux intérêts sont dus, sans aucun avertissement, et ces intérêts, toujours fixés à douze pour cent (*centesimæ*), portent seulement sur le capital primitif, non sur les intérêts antérieurs. — Les meilleurs auteurs qui aient écrit sur la pratique s'accordent à reconnaître que cette disposition spéciale, et tout à fait arbitraire, ne s'applique plus aujourd'hui (*h*). Ainsi donc restent seulement, même après un jugement définitif, les anciens intérêts, qui courent sans interruption, notamment les intérêts de procédure, dans les cas où ils sont exigibles.

J'arrive au dernier des trois effets énumérés plus haut, l'*exceptio rei judicatæ*, ou exception de la chose jugée. J'ai déjà dit que le développement historique de l'autorité de la chose jugée se rattache à cette exception comme à son véritable centre (§ 281 sq.); c'est elle qui est surtout appelée à réaliser la fiction de vérité attribuée à la chose jugée; en d'autres termes, elle empêche que le contenu d'un jugement se trouve jamais en contradiction avec celui d'un jugement antérieur. Dans les temps anciens elle partagea cette

(*h*) Voetius, lib. 22, Tit. 1, § 11; Stryk, ibid., § 13; Lauterbach, ibid., § 22.

fonction avec d'autres institutions analogues (*i*); mais ces institutions ayant disparu successivement, elle a suffi pour remplir seule ce rôle important; aussi elle présente pour le droit actuel beaucoup plus d'intérêt qu'elle n'en avait anciennement.

Cette exception peut résulter aussi bien d'une absolution que d'une condamnation; elle a donc une sphère d'action beaucoup plus vaste que l'exécution et l'*actio judicati*, lesquelles s'appliquent uniquement aux condamnations. — A l'absolution correspond une exception qui protége le défendeur contre toute action nouvelle, de nature à compromettre le résultat de cette absolution. — A la condamnation correspond une exception que le demandeur et le défendeur peuvent invoquer également; le demandeur, quand par une action nouvelle l'ancien défendeur prétend un droit en contradiction avec la condamnation prononcée (§ 287); le défendeur, quand il est actionné en vertu du droit reconnu par le jugement, mais au delà des limites que fixe la condamnation (§ 286).

Diverses institutions ont avec l'exception de la chose jugée plus ou moins de ressemblance et

(*i*) C'est-à-dire la consommation de l'action, résultant de la *lit. cont.*; et par suite plusieurs actions se trouvaient anéanties *ipso jure*, d'autres écartées au moyen d'une *exceptio rei in judicium deductæ* (§ 281).

d'affinité. — Je citerai d'abord l'*exceptio pacti* et *jurisjurandi*, car un pacte ou un serment peuvent mettre fin à un litige tout aussi bien qu'une décision judiciaire. Dans ces différents cas toute action ayant pour but de renouveler le litige ainsi terminé est également inadmissible, et quant à cet effet ces trois exceptions sont placées absolument sur la même ligne. Mais alors peut toujours se présenter la question de savoir s'il y a réellement identité entre l'ancienne et la nouvelle action; une comparaison établie entre ces trois exceptions peut aider la solution de cette question souvent difficile. Mais voici en cette matière une différence fondamentale : l'*exceptio pacti* et *jurisjurandi* sont reconnues par le *jus gentium*, tandis que l'*exceptio rei judicatæ* est une institution du droit positif (§ 249, *c*).

Cette exception a aussi de l'analogie avec le concours des actions dont j'ai parlé plus haut (§ 231 sq.).

Le principe du concours empêche que la chose demandée et obtenue en vertu d'une action ne puisse être réclamée une seconde fois par une action nouvelle; le principe de notre exception empêche que la demande rejetée par un jugement puisse être reproduite une seconde fois.

Ainsi donc ces deux institutions supposent des résultats antérieurs diamétralement opposés; mais leur analogie consiste en ce qu'elles impli-

quent une certaine identité entre le premier et le second litige.

Cette analogie est plutôt apparente que réelle, si l'on envisage l'exception de la chose jugée sous sa face nouvelle (la fonction positive), car l'identité est prise alors dans un tout autre sens que quand il s'agit du concours. Le principe du concours peut empêcher l'usage d'une action nouvelle, tandis que le rapport existant entre les deux actions ne permettrait pas d'invoquer l'exception de la chose jugée, et réciproquement cette exception peut faire repousser une action dans des cas où le principe du concours ne serait pas applicable. Ces différences ont échappé à plusieurs auteurs, qui ont cherché à établir entre ces deux institutions des analogies que repousse leur nature (*k*).

On peut définir en ces termes le but et le résultat de l'exception de la chose jugée : faire obstacle à toute action qui tendrait à se mettre en contradiction avec le contenu d'un jugement définitif antérieur. — Cette exception peut, comme toutes les autres, se présenter sous la forme d'une réplique ou d'une duplique, suivant la marche de la procédure. En pareils cas, ce n'est pas l'action de l'adversaire qui se trouve repous-

(*k*) Voy. vol. V, § 231. — Il y avait encore plus d'affinité entre le concours et l'*exceptio rei judicatæ* sous son ancienne forme (la fonction négative).

sée, mais bien son exception ou sa duplique. Pour tous ces cas la règle peut donc se formuler ainsi ; toute prétention de l'adversaire en contradiction avec un jugement définitif est inadmissible.

Après ces considérations préliminaires, il me reste à traiter le point le plus important : à quelles conditions l'exception de la chose jugée est-elle applicable? L'examen de cette question achèvera la présente recherche.

§ CCXCVI. *Exception de la chose jugée. — Conditions. — Coup d'œil général. — La même question de droit.*

La question qui nous occupe peut se poser en ces termes : Quand à une action on oppose comme exception une décision judiciaire antérieure, il s'agit de déterminer le rapport qui doit exister entre les deux litiges pour que l'exception soit efficace.

Voici sur cette question deux textes d'Ulpien conçus à peu près dans les mêmes termes, et où, par une coïncidence remarquable, le témoignage de Julien se trouve deux fois invoqué.

L. 3, de exc. r. j. (XLIV, 2). Julianus, lib. 3 Dig., respondit, exceptionem rei judicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur.

L. 7, § 4, eod. : Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii (*a*).

Ces deux textes s'accordent à exiger pour la validité de l'exception un double rapport d'identité entre le premier et le second litige : la question de droit doit être celle qui a été jugée antérieurement, et les personnes doivent être celles qui ont soutenu le premier litige.

Ces deux conditions peuvent se résumer par identité objective et subjective. Examinons d'abord la première, l'identité de la question de droit.

Ce que les deux textes cités désignent par eadem *quæstio* s'appelle dans une foule d'autres textes eadem *res* (*b*). Cette dernière expression

(*a*) On lit dans le même texte, quelques lignes plus haut (L. 7, § 1, eod.) : « Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi *quotiens apud judicem posteriorem id quæritur quod apud priorem quæsitum est.* »

(*b*) L. 7, pr., de exc. r. j. (Ulp.); L. 14, pr., eod. (Paul.); L. 27, eod. (Nerat.). — La même expression se retrouve dans la L. 5, eod.; néanmoins ce texte se rapporte en réalité, non à notre exception, mais à la question suivante. Dans l'intention d'exercer une *mandati actio*, le demandeur s'était fait donner une *cautio judicio sisti*, et cela *avant la lit. cont.* (Cf. L. 10, § 2; L. 13, si quis caut.). Plus tard il change d'avis, et il intente dans le même but l'*actio negot. gest* Maintenant dans le cas où le défendeur ne se présenterait pas, on demande si la caution fournie pour la première action est encore responsable. Ulpien se prononce pour l'affirmative, parce qu'il s'agit de la *eadem res*. Cf. Buchka,

est évidemment beaucoup plus vague que la première, car le mot *res*, vu ses nombreuses acceptions, peut désigner également l'accord entre l'objet extérieur, le nom et la formule des deux actions. L'expression *quæstio* indique, au contraire, de la manière la plus précise, la question de droit soumise dans les deux actions à l'examen et à la décision du juge, et impose au second juge l'obligation de rechercher le contenu du premier jugement, et de s'y conformer. Cette précision dans les termes n'est pas seulement un progrès essentiel; elle nous prouve qu'en modifiant leur phraséologie les jurisconsultes se rendaient parfaitement compte du développement nouveau de notre institution, la fonction positive de *l'exceptio rei judicatæ*.

L'exception sous son ancienne forme (la fonction négative) exigeait sans doute une certaine identité entre les deux actions, mais avec cette différence que l'identité devait porter principalement sur l'*intentio* des deux actions, non sur le contenu du jugement, et dans le droit nouveau il ne pouvait plus être question de cette espèce d'identité (*c*).

vol. I, p. 97. — Néanmoins on ne saurait critiquer l'insertion de ce texte dans le Digeste, car l'existence de la *eadem res* est exigée pour l'exception absolument comme pour la caution.

(*c*) Ce point est traité par Keller, § 33, avec beaucoup de soin et avec l'indication de toutes les restrictions nécessaires.

L'existence de la même question de droit (l'identité objective) est donc la première condition de l'exception de la chose jugée dont nous devions nous occuper. Cette condition renferme deux règles inverses, dont le sens a besoin d'être établi et expliqué par des exemples.

I) Dès que les deux actions se rapportent à des questions de droit différentes, l'exception de la chose jugée est inapplicable, lors même qu'il y aurait entre les deux questions une apparence d'identité. Les exemples suivants rendront la chose sensible.

La décision relative à la possession ne motive jamais l'exception de la chose jugée contre l'action de la propriété (*d*), et réciproquement. On pourrait vouloir considérer la propriété et la possession comme deux droits sur la chose, l'un plus large, l'autre plus restreint, et dès lors envisager la possession comme partie intégrante de la propriété; ce serait une grave erreur. Ces deux droits appartiennent à des espèces toutes différentes (*e*), de sorte que l'affirmation de l'un n'est jamais en contradiction avec la négation de l'autre.

Quand une action confessoire relative à un *iter*

— Cet auteur, p. 272-275, montre l'analogie de la *eadem quæstio* avec la nature propre de l'exception dans sa fonction positive.

(*d*) L. 14, § 3, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*e*) L. 12, § 1, de adqu. vel am. poss. (XLI, 2).

a été rejetée, l'exception n'empêche pas que plus tard une action confessoire ne s'exerce pour un *actus* (*f*). Sans doute *l'actus* embrasse tout ce que contient l'*iter*; néanmoins ce sont là deux espèces de servitudes distinctes, ayant chacune leur nom, et chacune d'elles peut être constituée indépendamment de l'autre par un acte juridique spécial.

Le rejet de l'action de la propriété n'empêche pas d'exercer plus tard la condition, quoique ces deux actions aient extérieurement le même but, celui d'attribuer la chose litigieuse au demandeur (*g*).

Le rejet d'une action motivée sur un *dolus* n'empêche pas d'exercer plus tard l'action aquilienne, car celle-ci peut ne reposer que sur une simple *culpa* (*h*).

II) Quand, au contraire, les deux actions portent sur la même question de droit, l'exception de la chose jugée est applicable malgré des différences apparentes.

Afin de placer sous son jour véritable cette règle importante et difficile à plus d'un égard, j'examinerai d'abord les cas les plus simples, ceux où l'identité absolue des deux questions de droit n'est susceptible d'aucun doute. Nous verrons en-

(*f*) L. 11, § 6, de exc. r. jud. (XLIV, 2).
(*g*) L. 31, de exc. r. jud. (XLIV, 2).
(*h*) L. 13, pr., de lib. causa (XL, 12).

suite ce qui peut manquer à cette identité complète, sans qu'elle cesse d'exister à notre point de vue, et sans que dès lors l'exception de la chose jugée devienne inapplicable. Dans de semblables cas il y a des différences apparentes, mais une identité réelle.

Je citerai d'abord deux cas où l'identité des deux actions n'est pas susceptible du moindre doute.

La propriété d'un immeuble est réclamée comme fondée sur l'usucapion, cette demande est rejetée par un jugement. Plus tard le même demandeur dirige contre le même défendeur l'action de la propriété fondée sur le même motif. — La réclamation d'un prêt de cent écus est rejetée par un jugement, plus tard elle est reproduite contre le même défendeur. — Dans ces deux cas la seconde action ne diffère en rien de la première, qu'elle reproduit purement et simplement; l'application de l'exception de la chose jugée ne saurait donc souffrir le moindre doute.

Néanmoins il n'est nullement nécessaire que l'identité soit aussi complète que je viens de le supposer pour que l'exception trouve à s'appliquer. Il s'agit uniquement de savoir si dans un cas donné les conditions fondamentales de l'exception existent réellement, c'est-à-dire la même question de droit et les mêmes personnes.

Je vais indiquer sommairement les différences qui peuvent exister entre les deux actions sans empêcher l'application de l'exception.

1) La seconde action peut avoir un autre nom et une autre nature que la première (actions d'espèces différentes).

2) Les parties peuvent jouer dans le second litige un autre rôle que dans le premier; ainsi, l'ancien demandeur peut y figurer comme défendeur.

3) Le droit, qui dans la première action formait l'objet principal du litige, peut ne figurer dans un autre procès que comme condition du droit réclamé (comme légitimation de la demande).

4) L'objet extérieur du litige peut n'être pas le même dans les deux actions.

5) L'objet juridique du litige peut n'être pas le même dans les deux actions.

6) Le droit litigieux peut n'avoir pas la même base dans les deux actions.

Ainsi donc, l'identité des questions de droit (*eadem quæstio*) est la seule circonstance décisive pour l'application de la chose jugée; et dès que cette identité existe, on n'a point à s'occuper des différences très-apparentes que peuvent présenter les deux actions. Cette doctrine se lie étroitement à celle exposée plus haut, et qui considère les motifs (objectifs) comme parties es-

sentielles et intégrantes du jugement et investies de son autorité. Ces deux points nous apparaissent chez les jurisconsultes romains comme se rattachant à un seul et même principe ; cette dépendance se retrouve chez les jurisconsultes modernes, en ce sens que les deux questions y sont le plus souvent résolues également bien ou également mal (*i*).

Je vais maintenant reprendre les différences énumérées plus haut, et l'on verra qu'en droit romain aucune d'elles n'empêche l'application de l'exception.

§ CCXCVII. *Exception de la chose jugée. — La même question de droit.*

1) Actions d'espèces différentes.

La seconde action peut porter un autre nom que la première, sans que jamais cette différence empêche l'exception de s'appliquer.

Cette règle se trouve formellement exprimée dans un des textes cités plus haut relatifs aux conditions de notre exception (§ 296).

L. 7, § 4, de exc. r. j. (XLIV, 2) :... exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem questio revocatur, *vel alio genere judicii* (*a*).

(*i*) La même relation entre ces deux objets se retrouve dans la pratique et dans la théorie du droit prussien. Cf. Koch, Lehrbuch, vol. I, § 200.

(*a*) De même on lit dans la L. 5, eod : « etsi diverso genere

Voici une espèce où l'on voit l'application de cette règle. Quand une chose confiée à titre de gage, de commodat ou de dépôt est endommagée par son détenteur, le propriétaire a pour obtenir la réparation du dommage l'action résultant de son contrat ou l'action aquilienne. Mais si l'une de ces actions est rejetée, parce que le juge n'admet pas le fait du dommage, l'exception de la chose jugée s'oppose à ce que l'autre action soit mise en usage.

On trouve effectivement diverses applications de ce principe ; mais elles ne sont pas assez précises pour fournir par elles-mêmes la confirmation évidente de notre règle. En effet, quand on dit simplement que la seconde action se trouve exclue par la première (*b*), nous ne savons pas si cela veut dire que l'indemnité a déjà été obtenue ; ce serait alors une application de la règle du concours et non de l'exception. D'autres textes donnent, il est vrai, l'*exceptio rei judicatæ* comme motif de l'exclusion, mais nous ignorons encore si cela désigne le contenu ou simplement l'existence du premier jugement, c'est-à-

actionis. » Néanmoins, j'ai déjà fait observer que ce texte ne se rapporte pas directement à l'exception de la chose jugée (§ 296, *b*).

(*b*) L. 18, § 1, commod. (XIII, 6); L. 38, § 1, pro soc. (XVII, 2); L. 1, § 21, tutelæ (XXVII, 3); L. 4, § 5, quod cum eo (XIV, 5).

dire l'exception dans sa fonction négative (*c*).

D'un autre côté, nous avons plusieurs décisions aussi claires que précises pour les autres différences, surtout en ce qui touche les différents rôles des parties et la légitimation de la demande.

Voici une décision également certaine relative à l'*exceptio jurisjurandi* dont j'ai montré (§ 295) l'analogie avec l'exception qui nous occupe. Quand une indemnité est réclamée en vertu d'un mandat, d'une *negotiorum gestio*, d'une société, si le défendeur jure que les faits allégués comme base de la demande sont faux, l'exception du serment exclut non-seulement la reproduction de l'action, mais aussi la *certi condictio* motivée sur les faits déniés par le serment lors même que cette condictionserait fondée en soi. Ici encore on donne comme condition de la validité de l'exception, qu'il s'agit de la *eadem quæstio* décidée par le premier procès (*d*).

2) Différence des rôles que jouent les parties dans le premier et dans le second litige. Jamais cette circonstance n'empêche l'*exceptio* ou la

(*c*) L. 4, § 3, de noxal. (IX, 4); L. 25, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*d*) L. 28, § 4, de jurejur. (XII, 2) : « Exceptio jurisjurandi non tantum si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, *si modo eadem quæstio in hoc judicium deducatur;* » rel. Le même principe s'applique à l'*exceptio pacti*. L. 27, § 8, de pactis (II, 14).

replicatio rei judicatæ. Cela ressort des décisions suivantes, qui ne sont susceptibles d'aucun doute.

Le défendeur qui succombe dans une action sur la propriété, et qui intente la même action contre l'ancien demandeur est repoussé par l'exception, car le premier jugement a prononcé d'une manière irrévocable qu'il n'était pas propriétaire (*e*). — Il en est de même de la pétition d'hérédité, quand, après une condamnation prononcée, les rôles de demandeur et de défendeur se trouvent intervertis dans une action nouvelle (*f*). — Enfin le même cas peut se présenter relativement à l'action hypothécaire lorsque dans un premier litige la priorité a été attribuée au demandeur, et que dans un second litige l'ancien défendeur vient comme demandeur réclamer cette priorité (*g*).

Quand sur une question de propriété le demandeur succombe parce que le juge lui dénie la propriété, si plus tard ce demandeur est en possession de la chose, et que l'ancien défendeur exerce contre lui l'action publicienne, l'ancien demandeur (actuellement défendeur) peut invo-

(*e*) L. 30, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2); L. 40, § 2, de proc. (III, 3). — Cf. § 287, *a*.

(*f*) L. 15, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*g*) L. 19, de exc. r. jud. (XLIV, 2) : « *eandem enim quæstionem* revocat in judicium. » Ainsi dans cette application particulière Marcellus emploie l'expression décisive que nous retrouvons dans les axiomes généraux d'Ulpien (§ 296).

quer l'*exceptio dominii*; mais son exception doit être repoussée par la *replicatio rei judicatæ*, car le jugement rendu sur le premier litige a établi d'une manière irrévocable la non-existence de sa propriété (*h*).

Si à une action personnelle on oppose l'exception de la compensation, et que cette exception soit rejetée, parce que le juge déclare non fondée la réclamation opposée à titre de compensation, cette réclamation peut devenir plus tard l'objet d'une demande principale. Mais cette demande serait repoussée par l'exception de la chose jugée, car un jugement définitif l'a déclaré non fondée (*i*).

Dans les deux derniers cas que je viens de citer on pouvait élever des doutes sur la validité de l'exception, non-seulement parce que les parties ne jouent pas le même rôle dans les deux litiges, mais aussi parce que les actions qui en forment la base ne portent pas le même nom. Or, comme cette différence n'empêche pas l'exception de s'appliquer, nous trouvons ici la confirmation évidente de la règle posée au commencement de ce paragraphe.

La généralité de notre règle pourrait être mise

(*h*) L. 24, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*i*) L. 8, § 2, de neg. gestis (III, 5); L. 7, § 1, de compens. (XVI, 2); L 1, § 4, de contr. tut. (XXVII, 2). — Cf. § 291, *d*.

en doute d'après certaines expressions de Paul qui ont trait à l'espèce suivante (*k*). Le vendeur de la chose d'autrui en acquiert plus tard la propriété, et il la revendique contre son acheteur. Celui-ci peut opposer à cette action une *exceptio doli* (ou *rei venditæ et traditæ*). Il peut en outre sans recourir à l'exception se faire indemniser en vertu de l'*actio empti*, ou bien réclamer, en vertu de l'action résultant de la stipulation, le double du prix stipulé ; tout cela s'appuie sur des règles de droit non douteuses. Mais Paul ajoute que l'acheteur n'en aurait pas moins ces diverses actions lors même qu'il aurait fait usage de l'exception, mais sans succès (et si... opposita ea nihilominus evictus sit), c'est-à-dire lors même que le juge aurait rejeté l'exception ou n'y aurait pas eu égard.

Notre règle se trouverait violée si le juge avait décidé que la première vente base de l'exception n'existe pas. Mais rien n'indique que le texte de Paul ne soit pas susceptible d'une autre interprétation.

Ainsi l'on peut fort bien admettre que le juge par inadvertance n'a pas tenu compte de l'exception, ou qu'il a méconnu la règle de droit sur laquelle repose l'exception, et que, par erreur, il n'a pas regardé la revendication de l'ancien ven-

(*k*) L. 18, de evict. (XXI, 2), rapprochée de la L. 17 eod.

deur comme une violation frauduleuse de son propre contrat (*l*).

§ CCXCVIII. *Exception de la chose jugée. La même question de droit.* 3) *Décision sur la légitimation de la demande.*

La différence entre les deux litiges peut consister en ce que la question de droit formant l'objet direct du premier litige ne figure dans le second que comme condition nécessaire de la réclamation du demandeur. Cette différence n'empêche pas non plus l'application de l'exception (*a*).

Voici quelques exemples propres à faciliter l'intelligence de cette règle. Si le demandeur qui a succombé dans une pétition d'hérédité réclame plus tard, contre l'ancien défendeur, la propriété d'un bien dépendant de cette hérédité, il sera

(*l*) A la vérité la leçon du texte est douteuse, car sur ces mots : *vel ex empto* Haloander met en note : « alias desunt. » Mais même en retranchant ces mots la difficulté ne serait point écartée. La non-reconnaissance par le juge du premier contrat de vente aurait exclu aussi bien que l'*actio empti* l'action de la stipulation subordonnée à ce contrat.

(*a*) Je ne parle ici que de la légitimation du demandeur (la légitimation active), et c'est la seule dont s'occupent à ce sujet la plupart des auteurs. Sans doute on pourrait aussi concevoir des cas de légitimation passive ; mais rarement celle-ci est l'objet d'un procès, et plus rarement encore d'un procès de nature à motiver plus tard l'exception de la chose jugée.

repoussé par l'exception de la chose jugée, bien que la qualité d'héritier qui lui a été déniée juridiquement ne soit pas l'objet du second litige, mais la condition de la propriété réclamée, et par conséquent la légitimation de la demande. — Il en est de même dans le cas inverse. Si ce demandeur avait d'abord réclamé la propriété d'un bien, comme héritier du propriétaire, et que le juge lui eût dénié cette qualité (comme *legitimatio ad causam*), ce même demandeur pourrait exercer contre l'ancien défendeur la pétition d'hérédité, mais cette demande serait également repoussée par l'exception de la chose jugée (*b*).

Cette règle, très-importante pour la pratique, se rattache évidemment à la théorie développée plus haut sur l'autorité des motifs, et tombe ou subsiste avec elle. Cette théorie a déjà été adoptée par les auteurs contemporains, et ils la ramènent avec raison au principe de la *eadem quæstio* (*c*). Récemment un auteur en a fait une application au droit actuel très-claire et très-satisfaisante (*d*).

Mais, placé au point de vue que j'ai critiqué plus haut sur l'autorité des motifs, il prétend que la règle de la légitimation de la demande est étran-

(*b*) Dans ces deux cas on pourrait se demander si l'exception est applicable, puisqu'il s'agit de deux actions ayant une nature et une dénomination différente. J'ai déjà traité ce point, § 297, num. 1.

(*c*) Keller, p. 272-275.

(*d*) Buchka, vol. II, p. 187-190.

gère au droit romain (*e*). Comme des doutes spécieux ont été élevés sur cette question importante, une discussion approfondie est ici nécessaire.

Je rapporterai d'abord les décisions du droit romain qui, suivant moi, reconnaissent cette règle d'une manière non équivoque; j'essayerai ensuite d'écarter les objections spécieuses qui ont été présentées récemment contre cette interprétation.

A) Les deux cas déjà cités comme exemples de la pétition d'hérédité et de l'action de la propriété sont traités par Ulpien précisément dans notre sens, et de plus rattachés directement à la *eadem quæstio* sur laquelle porte la décision judiciaire.

L. 3, de exc. r. j, (XLIV, 2). Julianus, lib. 3, Dig. respondit, exceptionem rei judicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur : *et ideo, et si singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur* (*f*).

(*e*) Buchka, vol. I, p. 299-301. Cf. § 293, *l.*

(*f*) On se tromperait beaucoup si l'on croyait que dans les deux procès dont parle ce texte et le texte suivant, la *hereditatis petitio* ait été exercée une fois pour réclamer la succession entière, une autre fois pour réclamer un des biens de la succession. Les expressions *singulas res petere* et *singularum rerum petitio* désignent spécialement l'action de la propriété, et dès lors équivalent à *specialis in rem actio.* Cf. § 2, J., de off. jud. (IV, 17); L. 1, pr., § 1, de rei vind. (VI, 1). Autrement ces cas ne pourraient servir d'exemples explicatifs de ces mots : *vel alio genere judicii,* comme ils doivent le faire dans le second texte.

L. 7, § 4 eod. Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii. *Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*

B) Voici un cas tout à fait semblable. Une dette est réclamée par le prétendu héritier du créancier primitif; le juge rejette la demande en déniant au demandeur la qualité d'héritier, et plus tard celui-ci exerce contre la même personne la pétition d'hérédité; il en est encore de même quand la pétition d'hérédité a été rejetée d'abord et la dette réclamée ensuite. L'exception de la chose jugée s'applique également dans les deux cas. Ulpien rattache directement cette décision à la précédente, celle relative à l'action de la propriété; la parité entre ces deux décisions est donc évidente (*g*). Seulement Ulpien ajoute au sujet de l'hérédité le motif suivant : Nam cum hereditatem peto, et corpora, et actiones omnes, quæ

— Du reste, il faut sous-entendre dans ces deux textes que l'action de la propriété était fondée sur le droit prétendu de succéder à l'ancien propriétaire. Ulpien ne le dit pas, mais il l'indique trop clairement par la relation de *eadem quæstio* pour qu'il y ait le moindre doute à cet égard.

(*g*) L. 7, § 5, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Ce texte est rattaché aux paragraphes précédents, qui traitent de l'action de la propriété, par ces mots : « *Idem erit probandum*, etsi quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat » ; rel.

in hereditate sunt, videntur *in petitionem deduci.* Dans cette phrase Ulpien a certainement en vue le principe de la consommation de la procédure, c'est-à-dire la fonction négative de l'exception; et Buchka en conclut qu'Ulpien applique uniquement ce principe, et non pas, comme je le prétends, l'autorité de la chose jugée touchant la légitimation de la demande, et qu'autrement il aurait confondu deux principes tout différents (*h*). Mais Buchka méconnaît entièrement l'état réel des choses. Du temps d'Ulpien les deux formes de l'exception existaient concurremment; mais dans les cas rares où leur application donnait lieu à un conflit, la forme nouvelle et plus parfaite obtenait la préférence (§ 282). Maintenant Ulpien mentionne d'abord l'espèce relative à l'action de la propriété, et il justifie très-bien sa décision par le principe de la fonction positive (*eadem quæstio*). Il parle ensuite de la dette réclamée, et il pouvait justifier de même la décision portée sur cette espèce. Mais il la ramène au principe de la fonction négative (la consommation de la procédure), qui était également applicable, et donne le même résultat. Ainsi donc Ulpien n'a commis aucune erreur, n'est tombé dans aucune inconséquence, et n'a nullement confondu les deux principes.

(*h*) Buchka, vol. I, p. 299 301. Cf. Appendice XVI, note *q*.

C) Quand un copropriétaire réclame sa part de la chose à un autre copropriétaire, et, après avoir succombé dans son action, exerce contre l'ancien défendeur l'*actio communi dividendo* relativement à la même chose, il doit être repoussé par l'exception de la chose jugée; car cette dernière action implique, comme légitimation active, l'existence de la copropriété déniée par le jugement rendu sur la première action. — Il en est de même lorsque celui auquel un jugement a dénié la qualité d'héritier exerce contre l'ancien défendeur l'*actio familiæ herciscundæ*; et peu importe que le jugement ait déclaré que le demandeur n'était pas héritier ou que la chose réclamée ne dépendait pas de la succession (*i*).

D) On trouve souvent dans la procédure romaine une *exceptio præjudicialis*, par laquelle le défendeur peut demander que le procès soit suspendu jusqu'à la décision d'un autre procès. Cette exception a surtout pour objet d'empêcher qu'une décision portée sur une question secondaire, et peut-être sans tout le soin désirable, n'entraîne, par l'autorité de la chose jugée, la décision d'une question beaucoup plus importante. Or, cette exception implique le principe par moi

(*i*) Ces différents cas sont traités dans les textes suivants : L. 8, L. 11, § 3, de exc. r. jud. (XLIV, 2), et L. 25, § 8, fam. herc. (X, 2). Les difficultés que présente ce dernier texte sont très-bien résolues par Keller, p. 364-366.

établi sur la légitimation de la demande (*k*). — Cela peut se présenter dans l'espèce suivante : A. et B. ont un procès sur la propriété du *fundus Titianus*. Mais en outre A. réclame un droit de passage sur la propriété de B. pour arriver à la propriété litigieuse. B. peut alors demander que l'action confessoire soit suspendue jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la propriété du *fundus Titianus*, et l'on en donne pour motifs : videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, *quam prius probaverim fundum Titianum meum esse* (*l*). Le seul but de l'exception est donc d'empêcher qu'à l'occasion de l'action confessoire la question, beaucoup plus importante, de la propriété ne se trouve décidée comme simple légitimation de la demande, et investie de l'autorité

(*k*) L'admission de cette exception était du reste abandonnée à la libre appréciation du juge. Cf. L. 7, § 1, de her. pet. (V, 3).

(*l*) L. 16, de except. (XLIV, 1). — Le texte suivant (L. 17, eod.) se rapporte en réalité à l'*exc. rei jud.* non à l'*exc. præjudicii*, et ainsi il n'est pas intimement lié à la L. 16. Mais il n'implique nullement un rejet, et dans l'intention de son auteur il se rapporte à la fonction négative de l'exception (la consommation de la procédure). Quand même on voudrait, selon l'esprit du droit justinien, appliquer ce texte à la fonction positive, il ne saurait soulever le moindre doute sur des règles de droit d'ailleurs bien établies. En effet, l'action confessoire pouvait être rejetée parce que le juge déniait l'existence d'une servitude, et non parce qu'il refusait au demandeur le droit de propriété. L'explication que donne Buchka, I, 303, doit donc être rejetée.

de la chose jugée. — Le même principe s'applique aux cas mentionnés au commencement de ce paragraphe, d'une pétition d'hérédité venant après une réclamation de propriété. Le défendeur aurait pu demander que la pétition d'hérédité fût d'abord instruite et jugée séparément (*m*). Comme il n'a point usé de cette faculté, la qualité d'héritier se trouve déniée juridiquement au demandeur par la décision rendue sur la légitimation de la demande (*n*).

On a cherché à établir, d'après des textes de droit romain, que la décision rendue sur la légitimation de la demande n'avait pas l'autorité de la chose jugée. Ces objections sont spécieuses; il s'agit maintenant de les réfuter.

Quand une demande en aliments est fondée sur la parenté ou sur le patronage, et que ces faits sont contestés par le défendeur, avant de prononcer sur la question des aliments le juge doit examiner sommairement (*summatim*) si la parenté ou le patronage existent, et l'on ajoute

(*m*) L. 13, de except. (XLIV, 1), où l'on voit que l'*exceptio præjudicialis* fait quelquefois exclure l'action de la propriété, tant que la pétition d'hérédité n'est pas exercée.

(*n*) Voy. les textes transcrits plus haut : L. 3; L. 7, § 4, de exc. r. jud. (XLIV, 2). — Il en est de même lorsque pendant le cours d'un litige sur une propriété on introduit une *actio communi dividundo*, ou une condiction relativement aux fruits; ces demandes peuvent être écartées par l'*exc. præjud.* L. 18, de except. (XLIV, 1).

expressément que la décision rendue sur les aliments est sans aucune influence sur tout litige ultérieur relatif à la parenté (*o*). — Cela signifie que si le défaut de parenté est évident les aliments doivent être refusés, mais peuvent quelquefois être accordés si la parenté est douteuse. On conclut de là que les Romains refusaient l'autorité de la chose jugée à la décision sur la légitimation de la demande (*p*). Mais pour rendre suspecte la légitimité de cette conclusion il aurait suffi de réfléchir que cet examen sommaire du juge ne saurait naturellement avoir aucune influence sur un litige ultérieur.

D'ailleurs, la nature particulière de la demande d'aliments nous donne le motif de cette prescription exceptionnelle. En effet, il s'agit de donner une prompte satisfaction à des besoins impérieux, et de prévenir le mal irréparable que peut entraîner le défaut d'aliments. On ne peut donc sans arbitraire chercher dans une semblable prescription des principes généraux sur la légitimation de la demande. On doit plutôt admettre que dans le cas spécial le juge a voulu accorder des aliments avant d'être pleinement convaincu de l'existence de la parenté.

Voici une autre objection, mais moins spé-

(*o*) L. 5, § 8, 9, 18, de agnosc. (XXV, 3); L. 10, de his qui sui (I, 6).

(*p*) Buchka, vol. I, p. 305.

cieuse, tirée de la prescription suivante du droit romain. Quand un débiteur refuse d'obéir au jugement qui le condamne, on sait que le magistrat procède à l'exécution en faisant saisir les biens du débiteur, qui sont vendus pour satisfaire le créancier (*q*). Si maintenant un tiers intervient, et se prétend propriétaire d'un des biens saisis, cette réclamation doit être examinée sommairement (*summatim*). Si elle est reconnue évidemment non fondée, la saisie est maintenue; mais si la question paraît douteuse on abandonne la chose litigieuse pour en saisir une autre dont la propriété ne soit pas contestée. Mais dans aucun cas la décision du juge ne doit avoir d'influence sur le procès relatif à la propriété (*r*). On invoque cette dernière disposition comme une preuve que les Romains n'ont jamais attribué l'autorité de la chose jugée à la décision sur la légitimation de la demande (*s*). Mais dans

(*q*) Pignus in causa judicati captum.

(*r*) L. 15, § 4, de re jud. (XLII, 1) : « ... ipsos qui rem judicatam exsequuntur cognoscere debere de proprietate, et si cognoverint ejus fuisse qui condemnatus est, rem judicatam exsequentur. Sed sciendum est, *summatim* eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori præjudicare, si forte dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit qui controversiam movit, non ejus cujus nomine capta est... Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti deberi, et capi aliud, si quod est sine controversia. »

(*s*) Buchka, vol. I, p. 308.

notre hypothèse il n'y avait pas encore entre les parties de procès véritable sur la propriété de la chose saisie.

Le juge était dès l'origine parfaitement libre de désigner les biens du condamné qu'il voulait saisir. Si maintenant un doute venait à s'élever sur la propriété des biens ainsi désignés, il pouvait changer la désignation, et le doute suffisait pour déterminer une semblable résolution. Mais dans aucun cas sa décision ne pouvait exprimer une conviction acquise sur la propriété ou la non-propriété de personnes déterminées. Ainsi donc, il n'y a là aucune décision rendue sur une légitimation litigieuse de la demande, et de cette prescription nous n'avons rien à conclure quant aux principes du droit romain sur l'autorité de la décision relative à la légitimation de la demande.

Enfin on a cherché une objection à la doctrine que j'enseigne dans un rescrit de l'empereur Sévère (*t*), qui pour être bien compris demande quelques détails préliminaires. Quand dans une province il s'élève un procès sur une question d'État (la liberté, la parenté, etc.), le *præses* doit prononcer en personne et sans *judex*, tandis que tous les autres procès, notamment ceux sur la pétition d'hérédité, s'instruisent devant un

(*t*) L. 1, C. de ord. cogn. (III, 8). Buchka, vol. I, p. 300, 302.

judex nommé par le *præses.* Maintenant un citoyen était mort laissant un testament, et l'héritier testamentaire était en possession de la succession. Le tuteur d'un impubère se présente, prétendant que cet impubère est un fils posthume du testateur, et que sa naissance annule le testament. On s'adresse à l'empereur pour lui demander si la pétition d'hérédité peut être directement portée devant un *judex* qui aurait à examiner préalablement la question de droit relative à la naissance. Le rescrit approuve cette marche, car si le *judex* n'a pas de qualité pour prononcer sur le rapport de famille, comme action principale (*u*), il peut, à l'occasion de la pétition d'hérédité, déterminer le rapport de famille (comme légitimation de la demande), car les termes du jugement ne porteront jamais que sur la pétition d'hérédité. — Tel est le contenu du texte suivant :

L. 1, C., de ord. cogn. (III, 8) : Adite præsidem provinciæ, et ruptum esse testamentum Fabii

(*u*) On pourrait croire que le tuteur aurait dû d'abord, par une action spéciale portée devant le *præses* lui-même, établir la parenté. Mais c'eût été là une procédure inutile, et d'ailleurs il n'existe pas d'action spéciale pour faire reconnaître l'agnation par une personne étrangère à la famille (l'héritier testamentaire). — Bethmann-Holweg, Versuche, p. 125, prétend que dans ce cas le défendeur pouvait, par une *exceptio præjudicii*, obtenir une décision particulière sur la question de parenté, et que c'est uniquement parce qu'il n'a pas usé de cette faculté que le juge doit prononcer sur la pétition d'hérédité et sur l'agnation.

Præsentis agnatione filii docete : neque enim impedit notionem ejus, quod status quæstio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit (*v*). Pertinet enim ad officium judicis qui de hereditate cognoscit universam incidentem quæstionem, quæ in judicium devocatur, examinare : quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat (*w*).

Maintenant, dit-on, puisque d'après les derniers mots de ce texte, le juge ne *prononce* pas

(*v*) C'est dans ces mots que consiste réellement la difficulté du texte. Les anciens auteurs l'expliquaient en disant que le *præses* n'avait pas capacité pour connaître d'une action *de statu*, et Cujas partagea d'abord cette opinion (Merill. variant. ex Cuj. II, 1). Mais cette assertion est démentie par plusieurs textes, et de la manière la plus précise par la L. 7, C., ne de statu defunct. (VII, 21). L'incapacité ne doit donc pas porter sur le *præses*, mais sur le *judex* nommé par lui pour connaître de la pétition d'hérédité; et peut-être ce détail a-t-il été omis dans l'extrait du rescrit destiné à être inséré au Code. Cette supposition est confirmée par les mots qui suivent immédiatement : Pertinet enim ad *officium judicis* qui de hereditate cognoscit. Cette interprétation se trouve déjà dans Hotomanus, Obs. VI, 6; Cujac. Recit. in Dig.; L. 74, de re jud.; L. 5, de her. pet. (Opp. t. VII, p. 165, 220); Giphan. Explan. Codicis ; L. 1, de ord. jud. p. 152.

(*w*) Voici un autre texte conforme pour les points essentiels à celui que je viens de transcrire, L. 3, C., de jud. (III, 1) : Quoties quæstio status bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet quo magis apud eum quoque qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. — *Alioquin* veut dire : si la *causa status* eût été l'objet d'une action spéciale. — *Disceptatio terminetur* montre évidemment qu'il s'agit d'une décision définitive et inattaquable à l'avenir.

sur le rapport de famille, sa décision sur ce point n'a pas l'autorité de la chose jugée. Mais il y a évidemment ici pétition de principes. Notre texte ne parle que du contenu littéral du jugement, qui doit toujours être en rapport avec l'action intentée. Or il s'agit précisément de savoir ce qui, *indépendamment de ce contenu littéral*, peut participer à l'autorité de la chose jugée. Or, notre texte ne résout nullement cette question, et elle ne peut être résolue que par les principes généraux sur l'autorité des motifs, et par les textes si clairs d'Ulpien que j'ai cités plus haut. — C'est effectivement ainsi que notre texte a été entendu par plusieurs des meilleurs interprètes, et ils admettent que le rapport de famille, figurant comme question incidente dans la décision du juge, se trouve définitivement fixé par cette décision (x).

§ CCXCIX. *Exception de la chose jugée. — La même question de droit. — Objet extérieur et objet juridique de l'action.*

4) Différence de l'objet extérieur dans les deux actions.

(x) Cujacius, l. c. p. 220 : « Ceterum si pronuntiatio, hereditatem esse actoris, *tacite etiam videbitur pronuntiatum de ejus libertate.* » — Giphanius, l. c. p. 156 : « Ut scilicet, dum de principali causa *pronuntiatur, simul et per consequentiam ac tacite de causa status dijudicetur, non vero, ut simul, aut etiam separatim de utraque causa nominatim pronuntietur.* »

Cette différence n'empêche pas nécessairement l'exception de s'appliquer, car sous ce rapport il ne s'agit aussi que de savoir si la question de droit est la même dans les deux actions.

Si donc quelques textes de droit romain semblent dire en termes généraux que l'exception n'est applicable que quand les deux actions ont un seul et même objet (*a*), cela doit s'entendre des cas les plus ordinaires où des actions différentes se rapportent à des objets différents. Ainsi le jugement qui dénie la propriété d'une maison ne peut fournir d'exception pour un procès relatif à la propriété d'une pièce de terre.

Mais il y a des cas nombreux et importants où la différence des objets extérieurs faisant la matière des deux actions n'empêche pas l'exception de s'appliquer à la seconde. Cette application se fonde alors sur le rapport général du tout à ses parties. En effet, comme chacune des parties est comprise dans le tout, il arrive très-souvent que la décision rendue sur le tout embrasse aussi chacune de ses parties. Quoique les actions sem-

(*a*) L. 12, 13, de exc. r. jud. (XLIV, 2) : « Cum quæritur hæc exceptio noceat, nec ne, inspiciendum est *an idem corpus sit. — Quantitas eadem, idem jus.* » — Le premier de ces textes est de Paul, le second d'Ulpien. — On ajoute avec raison que l'identité de la chose n'est pas détruite par les changements inhérents à sa nature : ainsi, quand il s'agit de la propriété d'un troupeau, par l'accroissement ou par la diminution d'un certain nombre d'animaux. L. 14, pr.; L. 21, § 1, eod.

blent alors avoir des objets différents, la similitude n'en est pas moins réelle. En posant ainsi la question sous cette forme abstraite, j'ai voulu seulement montrer le point de vue sous lequel il faut se placer pour la résoudre. Mais l'examen des cas particuliers auxquels s'applique ce principe peut seul le mettre dans tout son jour, et en fixer les limites.

A) Le cas le plus important de cette espèce est celui de la pétition d'hérédité, qui de sa nature a pour objet l'universalité d'un patrimoine, mais qui peut s'exercer à propos de la possession accidentelle par le défendeur d'un des biens composant la succession. Ainsi donc celui qui réclame comme héritier la propriété d'une maison, et qui succombe dans sa demande, si plus tard il réclame contre le même défendeur une pièce de terre dépendant de la même succession, verra repousser sa demande par l'exception de la chose jugée, bien que chacune des deux actions ait un objet extérieur tout différent. En effet la question de droit porte toujours sur la qualité d'héritier; si donc le premier jugement dénie au demandeur la qualité d'héritier, cette décision lie le juge appelé à prononcer sur la seconde action (*b*).

(*b*) Ici l'on suppose naturellement que la première action a été rejetée parce que le juge n'a pas reconnu au demandeur la qualité d'héritier. S'il avait déclaré, au contraire, que l'im-

La même question peut se présenter avec les complications suivantes, que nous trouvons mentionnées dans un texte de droit romain (*c*). A. et B. réclament la succession du défunt C., et chacun d'eux se prétend seul héritier. — A. possède une maison et B. une pièce de terre toutes deux dépendant de la succession. — A. exerce la pétition d'hérédité pour la pièce de terre, et B. est condamné. — Lorsque maintenant B. réclame contre A. la maison faisant partie de la succession, celui-ci lui oppose l'exception de la chose jugée, car il résulte nécessairement du premier jugement que B. n'est pas héritier (*d*).

B) Cette règle trouve aussi son application quand, la demande portant sur un seul bien, un droit réel ou une créance, par exemple, est rejetée par le juge, et renouvelée plus tard pour une partie du même bien. La condamnation prononcée pour le tout est décisive pour ses parties, d'après la règle : *In toto et pars continetur* (*e*).

meuble ne dépend pas de la succession ou que le défendeur n'en est pas en possession, ce jugement ne saurait fournir une exception contre une nouvelle demande relative au même immeuble.

(*c*) L. 15, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*d*) Cf. § 287, *a*.

(*e*) L. 113, de R. J. (L. 17). — Des règles semblables à celles posées ici pour l'exception de la chose jugée s'appliquent à l'*exc. pacti* et *jurisjurandi*. L. 27, § 8, de pactis (II, 14); L. 7, de jurej. (XII, 2).

J'observe, et c'est un point sur lequel j'insiste parce qu'il a été mis en doute, que cette règle est également vraie soit que l'on envisage l'exception à l'ancien ou au nouveau point de vue, bien que les motifs ne soient pas tout à fait les mêmes (*f*). La règle est vraie d'après le principe de la consommation de la procédure, car la réclamation de la propriété d'un domaine amène *in judicium* non-seulement le domaine entier, mais aussi chacune de ses parties, et consomme toute action qui s'y rapporterait. La règle est vraie d'après le principe de la *eadem quæstio* (la fonction positive de l'exception), parce que le juge est libre d'adjuger non-seulement la totalité de la chose réclamée, mais encore la partie de cette chose dont il trouve la réclamation fondée. Si donc il rejette la demande, il prononce implicitement que le demandeur n'a droit à aucune fraction de la chose litigieuse (*g*). Or, l'action par

(*f*) Cf. Wächter, Erörterungen, H. 3, p. 44. Cet auteur réfute l'opinion de Vangerow, que cette règle est uniquement fondée sur la consommation de la procédure.

(*g*) Cf. § 286, 292. — J'observe que ce principe n'est vrai que pour les cas où le juge *pouvait* connaître aussi de la seconde demande; autrement l'exception est inapplicable. Cf. § 286, *d. i.* Ainsi, quand de plusieurs réclamations fondées sur le même droit une seule est portée en justice, la demande relative aux autres n'est pas nécessairement repoussée par l'exception, car le juge ne pouvait accorder au demandeur plus qu'il ne réclamait. C'est ainsi que l'on doit expliquer les textes suivants, qui dès lors ne sont pas en contradiction avec notre règle : L. 20 ;

laquelle on réclamerait une de ces fractions serait en contradiction directe avec le jugement.

La règle importante que je viens de poser se trouve développée d'une manière si complète dans un texte d'Ulpien, que les diverses applications dont elle est susceptible viennent toutes se rattacher à son contenu.

L. 7, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2) : Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet : nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est (*h*). Nec interest utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso : dicendum erit exceptionem obstare. Proinde, et si proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo quem petii, obstabit exceptio.

Ulpien nous dit que la règle du tout et de ses parties est susceptible de trois espèces d'applications. 1° Quand il s'agit d'un *corpus* et de ses divisions réelles ou abstraites. Ainsi celui qui réclamait la propriété d'un domaine, et dont l'ac-

L. 21, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2); L. 46, § 5, de admin. (XXVI, 7); L. 2, C. de jud. (III, 1). Cf. Keller, p. 540.

(*h*) D'après ces mots on pourrait se demander si Ulpien ne fonde pas uniquement cette règle sur le principe de la consommation. Mais ce doute se dissipe lorsque nous le voyons quelques lignes plus bas tout ramener au principe de la *eadem quæstio*, c'est-à-dire à la fonction positive. V. § 296, *a*.

tion a été rejetée, ne peut plus réclamer ensuite une partie déterminée (*i*) ou une fraction abstraite de ce domaine, telle qu'un tiers ou un quart. — 2° Quand il s'agit d'une *quantitas*. Si donc une réclamation de 100 écus a été rejetée, elle ne peut plus être représentée pour 70 ou pour 30, car chacune de ces sommes moindres est comprise dans le jugement qui rejette la demande de 100 écus. — 3° Quand il s'agit d'un *jus*. Ainsi quand une demande relative à l'usufruit d'une maison a été rejetée, on ne peut plus la reproduire en la réduisant à la moitié de cet usufruit.

De même encore le rejet d'une pétition d'hérédité exclut toute demande qui aurait pour objet une partie abstraite de la même hérédité (*k*).

Ce rapport du tout à ses parties s'applique également quand, une action relative à une agrégation de choses ayant été rejetée, on réclame

(*i*) Cette partie du texte est encore confirmée par la L. 26, § 1, eod.

(*k*) Ainsi celui qui a succombé dans sa demande de la moitié d'une succession ne peut plus en demander le sixième. L. 30, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2). Donnellus (XXII, 5, § 10) propose de lire : partem *sextantem* au lieu de *sextantis;* mais cette correction paraît inutile, car les mots du texte peuvent aussi bien s'expliquer par : pars sextantis, c'est-à-dire quæ in sextante consistit. — Au reste je reviendrai plus bas sur ce texte (§ 300).

plus tard quelques-unes des choses qui composent l'agrégation. On peut citer comme exemples le cas où deux choses ayant été revendiquées ensemble, et l'action rejetée, une seule de ces deux choses est revendiquée plus tard (*l*), et celui où l'on réclame quelques-uns des animaux appartenant à un troupeau, après avoir succombé dans une action relative à la propriété de ce troupeau (*m*).

C) Supposons maintenant le cas inverse, celui où l'on réclame le tout après que l'action relative à une de ses parties a été rejetée ; cette seconde action sera-t-elle également repoussée par l'exception? Cette question est résolue par les uns toujours affirmativement (*n*), par les autres toujours négativement (*o*), mais également à tort. Nous n'avons pas ici un principe aussi absolu que pour le cas inverse, et dans chaque espèce nous devons rechercher si la seconde action porte sur la même question de droit que la première, car c'est toujours là la seule circonstance décisive. Quand par exemple on a réclamé une des

(*l*) L. 7, pr. ; L. 21, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*m*) L. 21, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Comme dans ces deux espèces la première action comprenait déjà toutes les parties de la chose, ces cas diffèrent essentiellement de ceux mentionnés note *g*. Il n'y a donc point de contradiction entre ces textes.

(*n*) Faber in Cod. Lib. 7, Tit. 19, def. 5, surtout note 16.

(*o*) Toullier, t. X, § 153, 155, 156.

pièces de terre composant un domaine, et que cette action a été rejetée, cela n'empêche pas de réclamer plus tard une autre pièce de terre dépendant du même domaine, car ces deux pièces peuvent être regardées comme deux propriétés distinctes. Si donc on réclame par une action nouvelle le domaine tout entier, l'exception de la chose jugée existe pour la pièce que désigne le premier jugement, mais non pour les autres parties du domaine. — Quand sur une action confessoire le *jus altius non tollendi* a été dénié pour 10 pieds, et que par une action nouvelle ce droit est réclamé pour 20 pieds, cette action est repoussée par l'exception de la chose jugée, car cette servitude ne saurait s'exercer sans la servitude plus restreinte déniée par le jugement (*p*).

D) Les questions suivantes ont de l'analogie avec le rapport qui existe entre le tout et ses parties.

Quand une demande d'intérêts a été rejetée, et que plus tard on réclame d'autres intérêts ou le capital, il s'agit de savoir si l'exception de la chose jugée repousse cette seconde action. La même question peut se présenter lorsque la première demande se rapportait aux arrérages d'une rente et que la seconde se rapporte à d'autres arrérages ou au titre même de cette rente.

(*p*) L. 26, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2).

Ici encore il s'agit uniquement de savoir si les deux actions ont pour base la même question de droit. Si donc la première action a été rejetée parce que le juge a reconnu que le capital n'était pas dû, ou qu'il n'y avait pas de rente constituée, une seconde action est repoussée par l'exception. Il en serait autrement si le rejet de la demande eût été motivé sur le payement des intérêts échus ou sur la compensation des arrérages.

Il en est de même quand le défendeur a été condamné à payer les intérêts d'une créance ou les arrérages d'une rente après avoir contesté le droit du demandeur au capital ou à la rente; ce droit se trouve investi de l'autorité de la chose jugée, par la condamnation (*q*).

Nous n'avons pas sur ce point de décision du droit romain, et les textes que l'on a coutume de citer sont étrangers à la matière (*r*).

(*q*) Ici encore Buchka a bien résolu la question pour le droit actuel, mais pour le droit romain il la résout à tort en sens inverse. Vol. I, p. 307, 308; vol. II, p. 184, 191. — J'ai déjà signalé, § 294, notes *n* et *r*, quelques décisions erronées des tribunaux prussiens sur cette question.

(*r*) La L. 53, de exc. r. jud. (XLIV, 2), ne parle pas du cas où la demande des intérêts a été rejetée, c'est-à-dire de l'exception dans sa fonction positive; cette loi nie seulement que l'action principale soit consommée par la simple demande des intérêts. Cela résultait déjà nécessairement du seul fait que le capital et les intérêts constituaient deux obligations et engendraient deux actions entièrement distinctes (Cf. § 126,

5) Différence de l'objet juridique des deux actions.

Cette différence n'empêche pas non plus l'exception de s'appliquer. Ainsi quand on réclame en vertu de la *condictio furtiva* l'indemnité d'un vol, si le juge rejette l'action parce qu'il dénie le fait du vol, on ne peut plus poursuivre la punition du même fait en vertu de l'*actio furti*. Il en serait de même dans le cas inverse, où l'*actio furti* aurait été d'abord exercée et rejetée. Néanmoins l'objet juridique de chacune des actions, l'indemnité et la peine, est parfaitement distinct, et le demandeur qui réussit dans la première action peut toujours exercer la seconde, sans qu'on puisse lui opposer le principe du concours (*s*). Cette seconde action n'est certainement pas non plus exclue par le principe de la consommation de la procédure. Néanmoins il est évident que les deux actions reposent sur une seule et même question de droit ; si donc le juge appelé à connaître de la première action dénie l'existence du vol, cette dénégation exclut la seconde action, car toutes deux ont également pour condition

160). Keller, p. 536. — La L. 4, C., depos. (IV, 34), s'applique en droit ancien à la consommation d'une action indivisible, en droit nouveau au rejet tacite des intérêts moratoires non alloués, puisque le juge avait toujours une entière latitude pour prononcer sur ce point (§ 286).

(*s*) Voy. vol. V, § 234, *a*.

le fait d'un vol commis (*t*). Nous n'avons pas sur ce point de témoignage positif. Mais cette décision est une conséquence nécessaire du principe général; nous la voyons en outre appliquée formellement à l'*exceptio jurisjurandi* (*u*), dont j'ai montré plus haut (§ 295) l'affinité avec l'exception de la chose jugée.

§ CCC. *Exception de la chose jugée. — La même question de droit. — Différence de l'origine de l'action.*

6) Enfin le droit réclamé par les deux actions peut avoir une origine différente (*origo actionis*). En général cette différence n'empêche pas non plus l'application de l'exception.

Le droit romain renferme sur cette question des règles trop claires et trop précises pour présenter de grandes difficultés; mais ces règles souffrent une exception qui a soulevé beaucoup trop de controverses.

En principe on distingue les actions personnelles et les actions *in rem*. Pour les premières, l'origine de l'obligation est ce qui lui donne une nature individuelle. Pour la propriété et pour l'hérédité, on s'occupe uniquement de la nature du droit et de son objet; et le droit est un et reste

(*t*) Keller, p. 281. Buchka, vol. I, p. 131, exprime une opinion différente.

(*u*) L. 13, § 2, de jurej. (XII, 2).

toujours le même quelle que soit son origine. Ainsi, celui qui réclame une maison en vertu d'un contrat de vente et succombe dans sa demande peut ensuite réclamer la même maison en vertu d'un legs, sans être repoussé par l'exception de la chose jugée, car chacune de ces actions se fonde sur une obligation entièrement distincte, et se rapporte à une question de droit spéciale. Celui, au contraire, qui réclame la propriété d'une maison comme l'ayant acquise par tradition et qui succombe dans sa demande ne peut pas la représenter de nouveau en donnant l'usucapion comme titre de sa propriété. En effet, dans les deux actions la question de droit à résoudre est l'existence de la propriété; les différents titres d'acquisition ne sont que les moyens proposés par le demandeur pour convaincre le juge de la réalité de son droit, et l'adoption de nouveaux moyens (*mutata opinio*) n'établit aucune différence entre les deux actions. De même celui qui réclame une succession comme héritier testamentaire et qui succombe dans sa demande ne peut ensuite réclamer la même succession en se prétendant héritier ab intestat.

La règle qui établit cette distinction est posée avec autant de clarté que de précision dans les textes suivants (*a*) :

(*a*) Textes parallèles : L. 159, de R. J. (L. 71); L. 3, § 4,

L. 14, § 2, de exc. r. jud. (XLIV, 2) (Paulus) :

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt; quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur : at cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione apprehenduntur : neque enim amplius quam semel res mea esse potest : sæpius autem deberi potest.

L. 11, § 5, eod. (Ulpianus) :

Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere : mutavit opinionem, et cepit putare ex causa donationis : hæc res non parit petitionem novam : nam qualecumque et undecumque dominium adquisitum habuit vindicatione prima in judicium deduxit.

Nous avons maintenant à examiner de plus près les deux parties de cette règle dans ses applications à différents cas.

Voici des applications de la règle relative aux actions personnelles. Celui à qui un esclave déterminé est dû en vertu d'une stipulation, et de

de adqu. vel am. poss. (XLI, 2). — Keller, § 35, a très-bien traité la question.

plus en vertu d'un legs, possède deux droits distincts et indépendants l'un de l'autre. Si donc l'action par laquelle il réclame un de ces droits est rejetée, l'exception de la chose jugée ne repousse nullement l'action fondée sur l'autre droit (*b*). — Ainsi encore celui qui réclame 100 écus en vertu d'un prêt et qui succombe dans sa demande peut ensuite réclamer ces mêmes 100 écus en vertu d'un fidéicommis (*c*).

Neratius exprime en ces termes la règle relative aux actions personnelles : la similitude ou la différence des deux actions repose sur la causa *proxima* actionis (*d*). L'application suivante nous montre les conséquences de ce principe. Quand celui qui a loué un cheval est accusé de l'avoir endommagé, le propriétaire du cheval a deux actions, l'une résultant du contrat de louage, l'autre résultant du dommage causé à sa propriété (*a. L. Aquiliæ*). Il semble donc que le rejet d'une de ces actions n'implique pas l'exclusion de l'autre, puisque leur origine est différente. Mais la causa *proxima* actionis est le dommage souffert. Si donc un jugement décide que le dom-

(*b*) L. 18, de obl. et act. (XLIV, 7); Gajus, IV, § 55.

(*c*) L. 93, § 1, de leg. 3 (XXXII, un.); L. 28, § 13, 14, de lib. leg. (XXXIV, 3).

(*d*) L. 27, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Je ne regarde pas comme juste l'explication que donne de cette expression Puchta, Rhein. Museum, II, p. 252, 253.

mage n'existe pas, cette dénégation est décisive pour la seconde action. Ainsi, pour reconnaître si l'exception est applicable il s'agit toujours de savoir si les deux actions portent sur la même question de droit.

L'espèce suivante dont parle Ulpien a soulevé des doutes non fondés sur la généralité de cette règle. Un esclave avait reçu de son maître deux mandats différents : il devait gérer un commerce d'huiles et opérer des emprunts. Un prêteur lui avait fourni de l'argent, croyant par erreur que cet argent était destiné au commerce d'huiles, et sur ce fondement il avait exercé contre le maître la *institoria actio*. Après avoir vu rejeter sa demande, il veut exercer une action nouvelle, motivée sur ce que l'esclave avait également le mandat d'opérer des emprunts. Rigoureusement parlant, dit Ulpien, l'action se trouve consommée ; néanmoins, d'après l'opinion (plus juste) de Julien, on doit lui accorder une *utilis actio* (*e*). — Le principe de la consommation devait faire admettre l'exception, puisque, en la forme, la seconde action était la reproduction de la première. Mais d'après la transformation de l'*exceptio rei judicatæ*, c'est-à-dire d'après le principe de la *eadem quæstio*, l'exception devait être rejetée, car le premier juge avait seulement déclaré

(*e*) L. 13, pr., de instit. act. (XIV, 3).

que l'argent prêté n'avait pas été appliqué au commerce d'huiles, et cette déclaration n'a rien de contradictoire avec l'allégation du demandeur que l'esclave avait reçu le mandat général de contracter des emprunts. Ce texte est donc un de ceux où nous voyons la forme nouvelle de l'*exceptio rei judicatæ* préférée à l'ancienne quand elles se trouvent en contradiction (*f*).

La règle pour les actions *in rem* est que, malgré la différence d'origine du droit réclamé par le demandeur dans les deux actions, l'exception de la chose jugée s'applique à la seconde. Les textes décisifs que j'ai transcrits plus haut ne parlent, il est vrai, que de l'action de la propriété, et des moyens de l'acquérir ; mais le premier de ces textes étend la règle à toutes les *actiones in rem*, et il n'est pas douteux que le contenu de ces textes s'applique tout aussi bien à la pétition d'hérédité qu'à l'action de la propriété. Cela se trouve confirmé par un texte de Paul, qui a donné lieu à plus d'une méprise (*g*). Un testateur avait institué héritier pour un sixième un de ses parents qui, comme héritier ab intestat, aurait eu droit à la

(*f*) Keller, p. 580 ; Kierulff, p. 263. Cf. § 282. — Dans ce cas l'*exceptio rei judicatæ* était sans doute écartée par une *doli replicatio*, et l'action du demandeur obtenait ainsi un résultat favorable (« *utilem* ei actionem competere ait »).

(*g*) L. 30, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2). Cf. Keller, p. 288, 289. — J'ai déjà parlé de ce texte pour un autre objet, § 299, *k*.

moitié de la succession. Celui-ci attaque le testament, et, comme héritier ab intestat, réclame la moitié de la succession, contre un possesseur également institué héritier par le testament ; il succombe dans sa demande, et plus tard, comme héritier testamentaire, il réclame contre le même possesseur le sixième que lui attribue le testament. Paul dit que cette seconde action est repoussée par l'exception de la chose jugée. Cela nous prouve que l'exception s'applique à la pétition d'hérédité, lors même que la première action se fonde sur la parenté et la seconde sur un testament.

C'est à tort que l'on rapporte à notre règle un texte d'Ulpien, dont je dois rétablir le véritable sens, car plus d'une erreur grave se rattache à sa fausse interprétation (*h*). Un homme était mort laissant un testament pour lui-même, et un testament pupillaire pour son fils, impubère. Ce fils meurt bientôt après, et sa mère, comme héritière ab intestat, attaque le possesseur de la succession en vertu du sénatus-consulte Tertullien, prétendant que le testament de son mari est rompu, et que par là même le testament pupillaire de son fils se trouve annulé. Cette allégation est reconnue inexacte, et l'action rejetée. Mais

(*h*) L. 11, pr, de exc. r. jud. (XLIV, 2); Keller, p. 290, 580; Puchta, Rhein. Museum, II, p. 264; III, p. 483; Kierulff, p. 261, 262, ont parlé de ce texte.

lorsqu'on ouvre le testament pupillaire on n'y trouve aucun héritier substitué, et la mère attaque de nouveau le même possesseur, comme héritière ab intestat. Neratius dit que cette action est repoussée par l'exception de la chose jugée; Ulpien reconnaît que cela n'est pas douteux : néanmoins il indique un expédient, et ces derniers mots du texte en forment la partie la plus importante. Mais avant de les citer je vais essayer de bien fixer l'état du procès. On croit communément que la mère a réclamé deux fois la succession, mais à deux titres différents, ce qui rentrerait dans la règle développée précédemment. Or, cela est évidemment inexact : la première comme la seconde action étaient toujours une seule et même *hereditatis intestati petitio*, mais autrement justifiée (*i*). Le premier procès avait été mal conduit et mal jugé. La demanderesse avait à la succession ab intestat un droit incontestable en lui-même, et sa demande ne devait pas être rejetée avant que le testament pupillaire

(*i*) Les derniers mots du texte : quæ unam tantum causam egit rupti testamenti, n'ont rien de décisif pour aucune de ces deux interprétations, également admissibles en soi, puisqu'ils peuvent également s'appliquer à des moyens de droit divers et à diverses actions. Il n'y a certainement pas une *actio rupti testamenti*, mais une *hereditatis petitio*, à l'appui de laquelle le demandeur peut alléguer entre autres motifs un testament *ruptum*.

n'eût été ouvert (*k*). — J'arrive aux derniers mots du texte où Ulpien indique un expédient : *sed ex causa succurrendum erit ei quæ unam tantum causam egit rupti testamenti.* Voici le sens que l'on donne ordinairement à ce passage : il serait dur et injuste de punir la demanderesse d'avoir mal engagé son premier procès ; elle doit donc obtenir restitution contre l'exception de la chose jugée, et l'on incline naturellement à étendre une semblable restitution à tous les cas où l'exception de la chose jugée cause au demandeur un préjudice grave. — Cette doctrine peut sembler indulgente et équitable ; mais il faut reconnaître qu'elle a pour résultat d'annuler le principe de l'autorité de la chose jugée et le bien qu'elle réalise, la fixité des rapports de droit. En effet, tout serait abandonné à l'arbitraire du juge, et l'on ne croira jamais qu'Ulpien, celui de tous les jurisconsultes romains qui a le mieux déduit les conséquences de ce principe, ait voulu l'ébranler par quelques mots ainsi jetés incidemment.

Voici une explication historique qui se présente tout naturellement. Du temps d'Ulpien les femmes étaient en général autorisées à demander la restitution quand leur ignorance du droit

(*k*) L. 1, § 1, testam. quemadm. aper. (XXIX, 3) ; L. 6, de transact. (II, 15).

leur causait un préjudice, notamment quand le préjudice résultait d'un acte ou d'une omission relative à la conduite d'un procès (*l*). Or, on a vu que la femme dont il est ici question avait succombé dans sa première demande par suite de son ignorance du droit. Peut-être Ulpien avait-il dit expressément que la femme devait obtenir la restitution à cause de son sexe, et les compilateurs auront omis ce motif vu l'abolition du privilége (*m*). Sans doute cette explication historique est inapplicable à notre texte considéré comme partie intégrante du droit justinien ; mais, d'un autre côté, la fin de ce texte n'a d'importance et de danger que par les pouvoirs illimités que certains interprètes attribuent au juge en se fondant sur les mots : *ex causa*. On pourrait aussi expliquer les mots *ex causa* d'une manière encore plus simple : s'il existe une cause valable de restitution, telle que la minorité, la fraude, etc. Ainsi entendue, la phrase incidente d'Ulpien n'exprime qu'une vérité bien connue, mais elle n'a rien de dangereux.

(*l*) Cf. vol. III, p. 414 et p. 380 (num. XIX), p. 411 (num. XXIX).

(*m*) Peut-être Ulpien avait-il écrit : sed *sexus* causa succurrendum erit ei, de même que nous lisons dans la L. 2, § 7, de j. fisci (XLIX, 14) : si ea persona sit quæ ignorare propter rusticitatem, *vel propter sexum femininum*, jus suum possit. Le changement de : *sexus* causa en : *ex* causa, s'expliquerait alors naturellement.

Jusqu'ici j'ai exposé les règles qui régissent tant les actions personnelles que les actions *in rem*. Mais il existe pour ces dernières deux cas importants, où la différence d'origine exclut tout aussi bien l'exception que s'il s'agissait d'une action personnelle, je veux parler de la *causa superveniens* et de la *causa adjecta* ou *expressa*.

A) *Causa superveniens.*

Quand l'action de la propriété a été rejetée, parce que le juge décide que la propriété n'appartient pas au demandeur, d'après la règle posée plus haut le demandeur ne peut reproduire son action, lors même qu'il assignerait à sa propriété une autre origine que celle déniée par le jugement ; mais, par exception, on lui permet d'intenter une nouvelle action si l'origine qu'il attribue à son droit de propriété est d'une date postérieure à la fin du premier litige (*n*).

Il en est de même lorsque, l'action ayant été rejetée uniquement parce que le défendeur ne possédait pas, le demandeur prétend que depuis le litige terminé le défendeur a acquis la possession (*o*).

(*n*) L. 11, § 4, 5, de exc. r. jud. (XLIV, 2). — De même lorsque dans un procès sur la liberté l'esclave a été déclaré libre, et que plus tard la propriété de cet esclave est acquise à son ancien adversaire par succession ou autrement, l'exception ne peut lui être opposée. L. 42, de lib. causa (XL, 12).

(*o*) L. 17, de exc. r. jud. (XLIV, 2). — Il faut en dire autant quand une pétition d'hérédité ou une *actio ad exhi-*

Quand une pétition d'hérédité a été rejetée, parce que le juge a dénié au demandeur la qualité d'héritier, si celui-ci renouvelle sa demande en se fondant sur un droit de succession postérieurement ouvert, l'exception de la chose jugée n'exclut pas cette seconde action (*p*).

Cette exception repose sur la règle établie plus haut, qu'un jugement ne veut et ne peut jamais rien décider que pour l'époque où il est rendu (§ 292, *k*, *l*). Tous les changements que les rapports de droit peuvent subir postérieurement sont hors de son domaine; il ne saurait donc exercer aucune influence sur une action ayant un semblable objet.

Ce principe est tellement général et absolu qu'il devrait s'appliquer non-seulement aux actions *in rem*, mais encore aux actions personnelles. Quant à ces dernières, le besoin s'en fait rarement sentir, puisque la règle inverse qui les régit rend l'exception inutile. Néanmoins il y a certains cas où elle devient nécessaire, et son application ne souffre alors aucune difficulté. — Quand, par exemple, on réclame l'exécution d'un contrat conditionnel avant l'accomplissement de la condition, la demande est rejetée; mais la condition une fois accomplie, l'action peut être reproduite

bendum est rejetée uniquement par suite du défaut de possession. L. 9, pr.; L. 18, eod.; L. 8, pr., ratam rem (XLVI, 8).

(*p*) L. 25, pr. de exc. r. jud. (XLIV, 2).

sans que l'exception de la chose jugée y mette aucun obstacle (*q*).

B) *Causa adjecta* ou *expressa*.

L'objet de cette exception est de permettre au demandeur de rapporter exclusivement son action à une origine déterminée (l'usucapion, par exemple, s'il s'agit de la propriété; le testament, s'il s'agit d'une succession). Cette restriction lui est à la fois préjudiciable et avantageuse : préjudiciable, car pendant le cours du litige il ne peut invoquer à l'appui de son droit une autre espèce de preuve; avantageuse, car le rejet de son action ne l'empêche pas d'intenter une action nouvelle autrement motivée (*r*).

Cette exception réduit ainsi l'application de la règle aux cas où la première action a été exercée d'une manière générale, sans spécifier l'origine de la propriété ou du droit de succession.

Cette seconde exception a été récemment l'objet de nombreuses controverses, mais comme leur exposé excéderait les limites assignées à cette

(*q*) L. 43, § 9, de ædil. ed. (XXI, 1). — Il en est de même dans le cas d'une dette conditionnelle, si l'action hypothécaire, non l'action principale, a été intentée et rejetée. L. 13, § 5, de pign. (XX, 1). — Il en est encore de même quand l'action personnelle a été écartée seulement par une exception dont le motif vient plus tard à cesser. L. 2, de exc. r. jud. (XLIV, 2); L. 15, de obl. et act. (XLIV, 7).

(*r*) L. 11, § 2; L. 14, § 2, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

partie de notre sujet, je renvoie la discussion de cette question à l'appendice XVII.

§ CCCI. *Exception de la chose jugée. — Conditions. — Les mêmes personnes.*

La seconde condition exigée pour l'application de l'exception de la chose jugée est l'identité subjective des deux actions (§ 296), c'est-à-dire que le second litige doit être entre les mêmes personnes que celles figurant comme parties dans le premier litige (*a*). L'absence de cette condition rend l'exception inapplicable, de sorte que dans aucun procès l'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée ni pour ni contre un tiers (*b*).

Cette règle a surtout de l'importance pour les actions *in rem*. La propriété et le droit de succession attribuent au titulaire un droit exclusif et opposable à tous; on pourrait croire que la qualité de propriétaire ou d'héritier reconnue ou déniée par une décision judiciaire a la même généralité et une efficacité aussi absolue. Néanmoins il n'en est pas ainsi. L'essence de l'autorité

(*a*) L. 3; L. 7, § 4, de exc. r. jud. (XLIV, 2) : « inter easdem personas » (Loi transcrite plus haut, § 296). L. 1 eod.; L. 63, de re jud. (XLII, 1); L. 12, de jurej. (XII, 2); L. 1, C., inter al. acta (VII, 60); L. 2, C., de exc. (VIII, 36). — Sur cette matière en général, voy. Keller, § 44, 45.

(*b*) L. 2, C., quib. res jud. (VII, 50) : « Res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare. »

de la chose jugée est la fiction de vérité attribuée au jugement rendu (§ 280). En vertu de cette fiction, la partie qui obtient gain de cause acquiert un droit contre la partie qui succombe; mais ce droit a tout à fait la nature d'une obligation, et dès lors il ne peut être opposé aux personnes étrangères qui réclameraient la même propriété ou la même succession (*c*). — L'objet des actions personnelles étant un rapport de droit entre deux personnes déterminées, ces actions peuvent bien rarement donner lieu même à un doute de cette nature : aussi cette règle a pour elle beaucoup moins d'importance; il y a néanmoins des cas où elle trouve son application. Ainsi, quand un créancier ou un débiteur vient à mourir laissant plusieurs héritiers, la créance ou la dette se trouve partagée entre eux tous, et chacune de ces parties peut être l'objet d'un litige spécial engagé avec chacun d'eux. Le jugement rendu sur un de ces litiges n'exerce aucune influence sur la part afférant aux autres héritiers, bien que le rapport de droit forme dans l'origine un seul tout, et que dès lors les motifs de la décision soient en géné-

(*c*) L. 63, de re jud. (XLII, 1) : « ... Diversa causa est si fundum a te Titius petierit quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico. Nam quamvis contra Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamen præjudicium patior : quia neque ex eo jure quo Titius victus est vindico, neque potui Titio intercedere quominus jure suo utatur. »

ral les mêmes pour ses diverses parties (*d*).

Si l'on appliquait ici dans toute sa rigueur la règle que je viens de poser, l'usage de l'exception se trouverait singulièrement restreint. Son importance pratique tient donc à certaines extensions qu'il s'agit maintenant d'exposer.

Ces extensions sont de deux espèces. La plupart et les plus importantes reposent sur l'application du principe général établi ailleurs du principe de la succession; on peut les appeler naturelles. D'autres sont fondées sur des prescriptions spéciales motivées par les besoins particuliers de certaines institutions. J'appellerai ces extensions positives.

I) Extensions naturelles.

L'exception de la chose jugée peut être opposée non-seulement aux parties elles-mêmes, mais aux successeurs des parties (*e*).

(*d*) L. 22, de exc. r. jud. (XLIV, 2). « Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei judicatæ eis proderit : nam, etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur aliam atque aliam rem facit. » L. 63, de re jud (XLII, 1); L. 2, C., quib. res jud. (VII, 56).

(*e*) L. 2, C., de exc. (VIII, 36) : « ... vel successoribus ejus. » — L'ancien principe de la consommation présentait des difficultés sur la question de savoir quelles personnes pouvaient amener une action *in judicium*, les *procuratores*, les *cognitores*, etc. C'est à cela que se rapportent les L. 4, L. 11, § 7, L. 25, § 2, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Cf. Keller, § 37-44.

A) Ce principe s'applique également au droit de la partie qui obtient gain de cause, et à l'obligation de la partie qui succombe.

B) Il s'applique aussi bien aux successions à titre universel qu'aux successions à titre particulier (*f*).

En ce qui touche les successions universelles, et notamment les héritiers directs des parties, ce principe s'implique si bien de soi-même, qu'on n'en fait pas ordinairement mention spéciale à ce sujet. On peut placer dans cette catégorie le cas où un fils placé sous la puissance paternelle soutient un procès et acquiert l'exception de la chose jugée. Cette exception revient directement au père comme tout autre droit acquis par le fils (*g*).

Le droit que confère l'exception et les obligations qu'elle impose se transmettent également aux successeurs à titre particulier (*h*), notamment à celui qui, en vertu d'un contrat de vente est substitué aux droits de l'une des parties (*i*).

Ces difficultés n'existent plus pour l'exception sous sa nouvelle forme, car il s'agit uniquement d'appliquer les principes généraux de la représentation en justice.

(*f*) Voy. là-dessus vol. III, § 103.

(*g*) L. 11, § 8, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*h*) L. 28, de exc. r. jud. (XLIV, 2) : « Exceptio rei judicatæ nocebit ei qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est. »

(*i*) L. 9, § 2; L. 11, § 3, 9, de exc. r. jud. (XLIV, 2); L. 25, § 8, fam. herc. (X, 2). Cf. § 298, *i*.

De même quand un propriétaire soutient un procès, et donne comme gage la chose litigieuse, le bénéfice ou le préjudice résultant du jugement rendu appartient au créancier détenteur du gage.

C) Cela n'est vrai que quand la succession est postérieure au jugement; si elle lui était antérieure, le jugement n'aurait pas d'efficacité rétroactive pour le successeur (*k*). Quand donc un créancier cède à un tiers une partie de sa créance, et réclame contre son débiteur le payement de l'autre partie, le jugement qu'il obtient n'attribue aucun droit au cessionnaire.

II) Restrictions positives.

Celles-ci constituent de véritables exceptions à la règle; ainsi elles étendent les droits et les obligations résultant de la chose jugée à des personnes qui n'ont pas figuré au procès comme parties, et qui ne représentent pas les parties à titre de successeurs (*l*). Le rapport pratique de la règle à l'exception peut se résumer en ces termes : d'après la règle, le jugement fait *jus inter partes*, et par exception *jus inter omnes*.

On peut ramener ces exceptions à un point de vue commun en disant que le tiers auquel on étend ainsi les effets de la chose jugée était re-

(*k*) L. 3, § 1, de pign. (XX, 1); L. 29, § 1; L. 11, § 10; de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*l*) Voy. sur ces exceptions : Keller, § 46, 47, 48; Brackenhoeft, Identität der Rechtsverhältnisse, § 20.

présenté par l'une des parties (*m*). Mais ce n'est point là un principe absolu servant à motiver l'existence de toutes ces exceptions ; il reste toujours des cas isolés reconnus par le droit positif; seulement, ce point de vue général nous montre l'analogie de ces différents cas, et nous explique pourquoi on les a soumis à une règle exceptionnelle.

Voici les cas auxquels elle s'applique :

A) Les actions ayant pour objet un état de la personne (*status*), notamment un rapport de droit de la famille.

D'après une opinion autrefois très-répandue, toutes les actions de cette espèce rentraient dans le domaine de cette règle ; mais il n'y a en réalité que deux cas auxquels elle s'applique :

A) Quand il y a litige sur la légitimité d'un enfant et sur la puissance paternelle qui s'y rattache, le jugement rendu a l'autorité de la chose jugée, non-seulement pour le père qui a soutenu le procès, mais aussi pour les autres membres de la famille, notamment pour les frères et sœurs de l'enfant (*n*).

(*m*) A cela se rattache la nécessité d'un *justus contradictor*, dont je vais parler tout à l'heure au sujet de plusieurs cas particuliers.

(*n*) L. 1, § 16; L. 2; L. 3, pr. de agnosc. (XXV, 3) : « placet enim *ejus rei* judicem *jus facere*. » Ici ces mots désignent une extension extraordinaire donnée à l'efficacité de la chose jugée, le *jus inter omnes* par opposition au *jus inter*

B) Quand un procès sur l'état d'un affranchi a été soutenu par le patron véritable, ou par la seule personne prétendant à cette qualité, le jugement qui déclare le défendeur né libre ou affranchi a l'autorité de la chose jugée, même vis-à-vis des tiers, par exemple quand il s'agit de la validité du mariage de cette personne, de sa capacité d'entrer au sénat, ou de recueillir une succession (*o*).

Pour toute autre action de cette espèce, l'autorité de la chose jugée ne reçoit aucune extension, et elle n'a d'effet qu'entre les parties. Ainsi le jugement qui déclare un esclave homme libre ou un affranchi *ingenuus* n'empêche pas un tiers de réclamer contre ces individus la qualité de maître ou de patron (*p*).

partes. Cf. § 282, *e*. — Il n'en est pas de même pour la décision qui résulte du serment; par rapport aux procès ultérieurs entre des tiers, on dit : « *veritatem* esse quærendam, » L. 3, § 2, 3, de jurej. (XII, 2); mots qui expriment le contraste de : res judicata *pro veritate accipitur* (voy. la note suivante). — L'autorité absolue du jugement peut aussi être opposée au père, par exemple quand celui-ci dirige contre un tiers l'interdit *de liberis exhibendis*. L. 1, § 4, de lib. exhib. (XLIII, 30).

(*o*) L. 25, de statu hominum (I, 5) : « ... res judicata *pro veritate accipitur*. » Voy. la note précédente, et plus haut § 282, *d*; L. 1, 4, de collus. (XL, 16); L. 27, § 1, de lib. causa (XL, 12); L. 14, de j. patron. (XXXVII, 14). Ici encore le serment n'a pas cette extension d'efficacité. Il en est autrement pour l'action pénale du patron résultant d'une *in jus vocatio*, parce qu'elle est limitée au rapport personnel entre les parties. L. 8, § 1, de in jus voc. (II, 4).

(*p*) L. 42, de lib. causa (XL, 12); L. 1, 5, si ingen. (XL, 30.

Mais dans les deux seuls cas où la règle exceptionnelle est applicable, elle ne l'est qu'aux conditions suivantes : il faut que le procès soit soutenu par un *justus contradictor* (*q*); que le jugement soit rendu contradictoirement et non par défaut (*r*); il faut enfin qu'il n'y ait pas collusion entre les parties (*s*).

B) Actions relatives au droit de succession.

Ici encore la plupart de ces cas rentrent dans la règle ordinaire.

Aussi lorsque A. exerce contre B. la pétition d'hérédité, et que le droit de A. est reconnu ou

14). — Comme la qualité d'ingénu ou d'affranchi qui pouvait être ainsi attribuée passagèrement entraînait de grands préjudices, on permettait à quiconque se prétendait patron, d'intervenir au procès, et alors le jugement lui était commun. Tel est le sens de ce passage, assez difficile, de la L. 63, de re jud. (XLII, 1) : « ... Nam etsi libertus meus, *me interveniente,* servus vel libertus alterius judicetur, mihi præjudicatur. » Sans cette interprétation on ne saurait concilier ces mots avec ceux qui suivent immédiatement et que j'ai transcrits note *c*. C'est aussi à cela que se rapportent les mots *quo ignorante* de la L. 5, si ingen. (XL, 14). — Des difficultés s'élevaient surtout quand plusieurs prétendaient à la copropriété de l'esclave. On essaya à différentes époques d'y remédier par divers moyens. L. 9, pr., § 1, 2 ; L. 30, de lib. causa (XL, 12); L. 29, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*q*) L. 3, de collus. (XL, 16). Le sens de cette condition a déjà été expliqué dans le texte : le procès doit être intenté par le père, ou par le véritable patron, ou par celui qui seul se prétend patron.

(*r*) L. 27, § 1, de lib. causa (XL, 12); cf. L. 24, de dolo (IV, 3).

(*s*) Tit. Dig., de collus. (XL, 16).

dénié, ce jugement n'a absolument aucune influence sur un semblable litige engagé entre A. et C. ou bien entre B. et C. (*t*). Il en est de même lorsqu'un héritier testamentaire et un légataire plaident sur la validité du testament ou du legs, et que plus tard un autre légataire attaque le même héritier (*u*).

Voici maintenant les cas auxquels s'applique la règle exceptionnelle.

A) Quand il y a procès sur la validité d'un testament entre l'héritier testamentaire et l'héritier ab intestat, le jugement rendu a l'autorité de la chose jugée pour tous ceux qui tiennent leurs droits de ce testament comme légataires, affranchis, etc. Ici encore on exprime par : *judex jus facit*, cette extension de l'autorité du jugement, mais elle implique toujours un jugement contradictoire et l'absence de la collusion. Les tiers ont pour garantie de leurs droits la faculté d'intervenir au procès et même d'interjeter appel du jugement qui leur porte préjudice (*v*).

Maintenant on demande si ces prescriptions s'appliquent aux créanciers de la succession. Ils diffèrent des légataires en ce que leur droit est

(*t*) L. 12, de jurej. (XII, 2).

(*u*) L. 1. de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*v*) L. 3, pr., de pign. (XX, 1); L. 50, § 1, de leg. 1, (XXX, un.) : « jus facit hæc pronuntiatio. » L. 14, de appell. (XLIX, 1) : « an jus faciat judex. » L. 12, pr., § 2, C., de pet. her. (III, 31).

indépendant de la validité du testament; mais s'ils ne devaient jamais s'adresser qu'à celui qui obtient gain de cause sur la pétition d'hérédité, ils risqueraient d'avoir un débiteur insolvable. Aussi ont-ils toujours le droit, mais non l'obligation de s'adresser à celui que le jugement déclare héritier (*w*), et ils peuvent également réclamer leur créance à celui qui succombe s'ils établissent qu'il est réellement héritier.

B) Si un testament est attaqué comme *inofficiosum,* et que le juge trouve la demande fondée, le résultat est tout autre que quand il s'agit d'une pétition d'hérédité ordinaire. Le testament est regardé comme valable jusqu'au jour du jugement qui l'annule. Alors s'ouvre la succession ab intestat ordinaire, et l'hérédité peut très-bien être alors dévolue à une autre personne que celle qui a obtenu l'annulation du testament. Cette extension de l'autorité de la chose jugée s'exprime également par les mots : *jus facit judex,* et elle ne peut également résulter que d'un jugement contradictoire (*x*).

(*w*) L. 50, § 1, in f., de leg. 1 (XXX, un.); L. 12, § 1, C. de pet. her. (III, 31).

(*x*) L. 6, § 1, de inoff. (V, 2); L. 8, § 16, eod.; L. 17, § 1, eod. : « jus ex sententia judicis fieri. » — Je n'ai pas à examiner ici si cette règle est encore applicable au droit actuel. Cela rentre dans la question plus générale de savoir si les caractères spéciaux de l'ancienne *querela inofficiosi* subsistent encore, ou si cette action a été modifiée essentiellement par la

C) Actions soutenues par des garants (y).

Celui qui est appelé directement à figurer dans un procès comme demandeur ou comme défendeur peut tenir son droit d'un autre plus intéressé que lui-même à l'issue du procès; il peut donc réclamer son assistance, il peut même lui abandonner le soin de soutenir seul le procès. Dans ce dernier cas il cesse d'être partie au procès, et d'après la règle générale le jugement ne devrait lui procurer aucun avantage ni lui causer aucun préjudice. Mais ici l'application de la règle serait évidemment erronée, car il était directement appelé à soutenir le litige, et c'est de son plein gré qu'il a confié ce soin à un autre; il doit donc subir toutes les conséquences du jugement comme s'il eût été partie au procès.

Le droit romain, pour mettre en évidence la nature de cette exception, en cite trois applications particulières; mais cela ne signifie nullement que l'exception elle-même soit restreinte à ces trois cas (z).

Novelle 115. Les partisans de cette dernière opinion, à laquelle je me range, doivent rejeter l'extension d'autorité de la chose jugée, puisqu'une pétition d'hérédité ordinaire a été substituée à cette action. — Sur la nature de cette action dans l'ancien droit, voy. vol. II, p. 128-132.

(y) L. 63, de re jud. (XLII, 1). On trouve dans Keller, p. 68 sq., d'excellentes remarques sur les passages difficiles de ce texte important.

(z) L. 63, de re jud. (XLII, 1) : « ... Scientibus sententia

A) Le premier cas est celui d'un bien hypothéqué se trouvant en la possession d'un tiers, qui se prétend propriétaire. Le créancier peut exercer l'action hypothécaire contre le tiers possesseur, il peut aussi laisser à son débiteur le soin d'exercer l'action de la propriété contre le possesseur, et alors le jugement rendu sur la question de la propriété décide celle de l'hypothèque. De même lorsque le créancier est en possession du bien hypothéqué et qu'un tiers exerce contre lui l'action de la propriété, il peut également soutenir lui-même le procès, ou mettre en cause son débiteur (*aa*).

B) Le second cas est celui d'un mari qui possède un bien dotal dont la propriété est réclamée par un tiers.

Le mari peut soutenir lui-même le procès

quæ inter alios data est obest, cum quis de ea re cujus actio vel defensio primum sibi competit sequenti agere patiatur : veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, aut possessor venditorem de proprietate rei emptæ : et hæc ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet illa ratio est, quod.... qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam præscriptione rei, quamvis inter alios judicatæ, summovetur, *quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.* »

(*aa*) Les mots : *si creditor experiri passus sit debitorem*, peuvent dans ce cas s'appliquer aussi bien à la position du demandeur qu'à celle du défendeur, et les mots qui précèdent indiquent également ce double rapport.

comme défendeur, ou laisser ce soin à celui ou à celle qui a constitué la dot (son beau-père ou sa femme). En prenant ce dernier parti il accepte toutes les conséquences du jugement à intervenir (*bb*).

C) Le troisième cas est celui d'un acheteur contre lequel un tiers vient réclamer la propriété de la chose qu'il a achetée et qu'il possède. Il peut soutenir lui-même le procès comme défendeur ou mettre en cause son vendeur, qui doit le garantir contre toute éviction.

D) Une difficulté particulière se présente quand il s'agit d'exercer une action *confessoria* ou *negatoria* relativement à un immeuble appartenant à plusieurs propriétaires. Si ceux-ci s'entendent pour soutenir le procès en commun, la difficulté n'existe plus; mais aucun des copropriétaires n'est en droit d'exiger le concours des autres (*cc*). D'un autre côté, il serait trop dur d'exposer l'adversaire aux chances d'un procès renouvelé contre chacun des copropriétaires. Aussi des règles spéciales ont-elles été établies pour ce cas particulier.

(*bb*) Dans ce cas il s'agit uniquement de la position du défendeur (*defensio*), puisque le beau-père et la femme n'ont plus aucun droit de revendication. La même remarque s'applique au cas suivant, ce qui est en outre confirmé par l'expression *possessor*.

(*cc*) Martin, Prozesz, 12 éd., § 306; Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, vol. III, p. 42.

a) Chacun des copropriétaires peut exercer seul l'action *confessoria* pour la totalité de la servitude (*in solidum*) (*dd*), et si l'adversaire est condamné le jugement profite à tous les copropriétaires (*ee*).

b) Une conséquence nécessaire de ce principe est que l'absolution prononcée par le jugement ait aussi l'autorité de la chose jugée contre tous les copropriétaires (*ff*). S'ils ont eu connaissance du litige ils doivent s'imputer de n'être pas intervenus volontairement pour prévenir le jugement qui leur est préjudiciable. S'ils n'en ont pas eu connaissance, on ne pourrait sans injustice les faire souffrir de la mauvaise foi ou de la négligence de leur copropriétaire (*gg*). C'est pourquoi on les autorise non pas à méconnaître l'autorité du jugement, mais à se faire indemniser du préjudice qu'ils éprouvent par celui qui a soutenu le procès (*hh*). Pour éviter tout recours

(*dd*) L. 4, § 3, si serv. (VIII, 5); L. 6, § 4, eod.; L. 1, § 5, de arb. cæd. (XLIII, 27).

(*ee*) L. 4, § 3, cit. : « victoria et aliis proderit. »

(*ff*) Cujacius, recit. in L. 4, si serv. Opp. t. VII, p. 458. Glück, vol. X, p. 236, exprime une opinion contraire. A l'appui de celle que je soutiens ici, je citerai l'*actio pluviæ arcendæ*, soumise à la même règle. L. 11, § 1, 2, de aqua et aq. pluv. (XXXIX, 3).

(*gg*) L. 19, si serv. (VIII, 5) : « non est æquum hoc ceteris damno esse. »

(*hh*) Quand la communauté est établie par un contrat, ils ont contre lui, pour le *dolus* et pour la *culpa*, l'*actio pro socio*

de ses copropriétaires, celui-ci doit les sommer d'intervenir au procès par une *litis denuntiatio* faite en temps utile.

c) Dans le cas inverse, lorsque l'immeuble grevé de la servitude appartient à plusieurs propriétaires, l'adversaire peut exercer contre chacun d'eux l'action *confessoria*, et l'on applique alors les mêmes règles que dans le cas précédent (*ii*), bien que la nécessité n'en soit pas aussi impérieuse, puisque une seule et même action peut être dirigée contre tous les copropriétaires.

d) Toutes ces règles s'appliquent sans aucun doute à l'action *negatoria*.

e) Voici enfin sur cette matière une disposition du droit féodal lombard. Le vassal est autorisé à soutenir contre un tiers un procès sur la propriété du fief, sans la participation du seigneur, et le jugement rendu a contre celui-ci l'autorité de la chose jugée. Il en est de même quand le procès est terminé non par un juge-

et en outre l'*actio negotiorum gestorum*, dans les deux cas l'*actio communi dividundo*. L. 20, comm. div. (X, 3). — S'il y a collusion entre les deux parties, ils ont encore contre leur adversaire la *doli actio*, qui peut avoir de l'importance si le copropriétaire est solvable. L. 19, si serv. (VIII, 5).

(*ii*) L. 4, § 4, si serv. (VIII, 5). Seulement quand il s'agit d'une *servitus oneris ferendi* cette solidarité n'atteint pas les autres copropriétaires, en tant que cette servitude, à la différence des autres servitudes, oblige le propriétaire du fonds servant à des prestations personnelles L. 6, § 4 eod.

ment, mais par une transaction. Cette règle ne souffre d'exception que dans le cas de connivence frauduleuse de la part du vassal (*kk*).

(*kk*) II. Feud. 43. — Le droit romain contient une disposition semblable pour l'emphytéose, le propriétaire superficiaire, et le créancier détenteur d'un gage immobilier; il leur permet de poursuivre par des actions possessoires les servitudes appartenant au fonds; mais il ne détermine pas si le jugement a force obligatoire pour les propriétaires, et c'est là néanmoins le point le plus important. L. 16, de serv. (VIII, 1); L. 3, § 3; L. 9, de op. novi nunt. (XXXIX, 1); L. 1, § 5, de remiss. (XLIII, 25).

APPENDICE XV.

APPELLATIO ET PROVOCATIO.

(§ CCLXXXV.)

I.

Nous trouvons dans la constitution romaine, sous le nom de *appellatio* et de *provocatio*, deux institutions fort anciennes, qui, malgré de nombreuses différences, ont cela de commun qu'elles peuvent annuler une décision judiciaire et en arrêter les effets (*a*). Les degrés de juridiction établis au commencement de la domination impériale nous offrent la même similitude; et comme on leur appliqua les noms de ces anciennes institutions, il semble que nous devons rapporter leur origine au développement historique de ces institutions. L'étude approfondie de ce développement et la comparaison de l'ancien et du nouvel état de choses nous montrera laquelle de ces deux institutions a servi de base aux degrés de juridiction établis par les empereurs.

II.

L'ancienne *provocatio* suppose la condamnation d'un citoyen romain par un tribunal criminel; elle consiste à porter l'appel de la condamnation devant l'assemblée du peuple,

(*a*) C'est sans doute par suite de cette ressemblance que Cicéron, dans son projet idéal de constitution politique, mais où on ne trouve que des éléments romains, a mêlé ces deux institutions comme si elles eussent été identiques. Cicero, de Leg. III, 3.

qui pouvait changer ou confirmer le premier jugement (*b*). Nous voyons donc là l'organisation complète d'une instance supérieure.

D'après un témoignage équivoque de Cicéron, la *provocatio* existait déjà du temps des rois (*c*). Un texte de Pomponius représente son établissement comme postérieur à l'expulsion des rois (*d*). Des auteurs modernes ont cherché à expliquer cette contradiction, en disant que sous la république la *provocatio* eut plus d'extension que sous les rois (*e*).

Du temps de la république, son application était presque générale, et il n'y avait que les condamnations prononcées par les décemvirs ou par les dictateurs qui ne fussent pas soumises à l'appel devant l'assemblée du peuple. Ces deux magistratures étaient en dehors de celles constituées pour toujours et régulièrement renouvelées.

Néanmoins, dans les temps postérieurs de la république, et précisément à l'époque où la liberté individuelle obtenait tous les jours plus de garanties, on ne cite presque aucun exemple de cet appel au peuple, et voici comment s'explique ce fait extraordinaire. La justice criminelle était alors rendue par des commissions permanentes établies pour la recherche des délits commis par les particuliers (*quæstiones perpetuæ*). Ces commissions se composaient d'un certain nombre de citoyens désignés par le préteur, et elles jugeaient, non comme les anciens tribunaux, en vertu de leurs propres

(*b*) Les renseignements contenus dans les sources et les opinions des auteurs modernes sur la *provocatio* sont rassemblés d'une manière très-complète dans Geib, Geschichte des römischen Criminal-Prozesses; Leipzig, 1842, p. 152-168, 387-392.

(*c*) Cicero, de Republica, II, 31. Cf. Seneca, Epist. 108.

(*d*) L. 2, § 16, de Orig. jur. (I, 2).

(*e*) Ainsi, on a dit que ce droit, réservé anciennement aux patriciens, avait été plus tard accordé aux plébéiens (Niebuhr, Röm. Geschichte, I, 361-557); ou bien que les condamnations pénales prononcées par les rois eux-mêmes n'étaient pas susceptibles d'appel.

pouvoirs, mais en vertu de la désignation du préteur et avec le concours de jurés qui représentaient le peuple. Cette espèce de jugements ne parut pas susceptible d'un appel au peuple, puisqu'ils étaient rendus par le peuple lui-même sous la forme d'une commission.

III.

L'*appellatio* avait une toute autre nature; elle offrait à la liberté individuelle une protection beaucoup plus large et beaucoup plus générale contre tout acte oppressif d'un magistrat, y compris entre autres les jugements civils (*f*). Tous ces actes, parmi lesquels figurent en première ligne ceux émanés de l'autorité judiciaire, pouvaient être annulés par la simple opposition de plusieurs personnes déterminées. On appelait cette opposition *intercessio*, et *appellatio* la requête par laquelle un particulier réclamait cette espèce de protection.

Les actes d'un magistrat pouvaient être annulés par l'opposition de tout autre magistrat d'un rang égal ou supérieur au sien (*par majori e potestas*) : ainsi préteur contre préteur, consul contre consul, consul contre préteur, sans qu'il y eût lieu d'examiner si l'acte attaqué rentrait dans le cercle des attributions du magistrat qui déclarait l'opposition (*g*).

En dehors de toute hiérarchie, les tribuns pouvaient annuler les actes de tous les magistrats sans exception, ainsi

(*f*) Zimmern, Rechtsges chichte, vol. III, § 169; Keller, Semestria, vol. I, C. 1, § 8, p. 139-170.

(*g*) Cicero, de Leg. III, 3. — On ne peut citer comme cas semblable celui où le préteur, usant d'un droit incontestable, révoquait les pouvoirs du *judex* qu'il avait nommé (*vetare judicare*), mais bien le cas où un consul défendait à ce *judex* de rendre son jugement. L. 58, de jud. (V, 1) : Judicium solvitur vetante eo qui judicare jusserat : *vel etiam eo qui majus imperium in eadem jurisdictione habet.*» (*Eadem jurisdictio* doit s'entendre ici dans le sens géographique.) Le jugement une fois rendu, les pouvoirs du préteur lui-même se trouvaient consommés. L. 14, de re jud. (XLII, 1).

même ceux des préteurs et des consuls (*h*). Ils usaient de ce droit tantôt individuellement, tantôt collectivement, après une délibération et une résolution prise par le corps des tribuns.

IV.

Le résultat de cette opposition était purement négatif; comme elle ne prescrivait directement aucun acte dans les procès civils, elle servait à protéger le défendeur et non le demandeur. Ainsi elle équivalait à une simple cassation, et non à une nouvelle instance, puisqu'elle ne substituait rien à l'acte qu'elle annulait.

Néanmoins l'influence pratique d'une semblable opposition était souvent non moins efficace qu'une absolution, car le principe de la consommation empêchait de représenter l'ancienne action, et le temps fixé pour la prescription de la procédure était si court que souvent le demandeur voyait périr son droit.

V.

Les actes les plus divers de la procédure pouvaient être l'objet d'une opposition, nommément un décret du préteur, comme aussi la rédaction de la formule, lorsque le préteur voulait donner un *judicium purum*, et que dans l'intérêt du défendeur on réclamait l'addition d'une exception (*i*).

Maintenant comment garantir l'efficacité de cette opposition dans les cas, sans doute fort rares, où le préteur aurait persisté dans son opinion. Un moyen certain se présentait aussitôt que le préteur voulait faire exécuter sa sentence

(*h*) Cicero, de Leg. III, 3.

(*i*) Cicero, Acad. Quæst. II, 30, où ce cas est mentionné par métaphore, mais comme une chose connue.

contre le défendeur par la *possessio* ou la *venditio bonorum*. L'intervention d'un autre préteur ou d'un tribun pouvait arrêter directement l'exécution de ces actes (*k*).

On ne saurait douter que ce pouvoir extraordinaire ne pût être exercé dans des vues très-différentes et avec des résultats très-différents : tantôt pour protéger le bon droit contre des actes injustes de la juridiction régulière ; tantôt pour faire triompher de la rigueur de la lettre l'équité réelle ou prétendue ; tantôt, enfin, pour servir la partialité et interrompre abusivement le cours régulier de la procédure (*l*).

VI.

On voit d'après cet exposé que cette institution singulière avait les caractères équivoques d'une intervention indirecte dans l'administration de la justice. Par là s'expliquent les témoignages en apparence contradictoires des auteurs anciens sur les pouvoirs constitutionnels des tribuns. Tantôt on nous dit qu'ils ne prenaient aucune part à l'administration de la justice (*m*) ; tantôt des textes parfaitement clairs les font figurer parmi les autorités judiciaires, et mentionnent même leurs décisions (*n*). Pline le Jeune observe spécialement qu'ils sont toujours en position d'intervenir dans les procès civils, et que dès lors il ne leur convient pas d'accepter pendant la durée de leurs fonctions le mandat de soutenir un procès (*o*).

VII.

Tout ce que je viens de dire sur la *provocatio* et l'*appellatio*, sur leurs ressemblances et leurs différences se trouve expliqué

(*k*) Keller, l. c., p. 140-145.
(*l*) Keller, l. c., p. 151-155.
(*m*) Gellius, XIII, 12 : « Tribuni antiquitus creati videntur non juri dicundo. »
(*n*) Auct. ad Herennium, II, 13 ; L. 2, § 34, de orig. jur. (I, 2).
(*o*) Plinius, Epist. I, 23.

et confirmé par une série d'exemples empruntés à l'histoire romaine.

Les événements accomplis pendant la courte durée de la domination des décemvirs et après leur chute ont surtout de l'importance, car nous y voyons fonctionner les deux institutions avec les différences qui les caractérisent.

Les décemvirs avaient été nommés *sine provocatione*, c'est-à-dire qu'on ne pouvait appeler devant l'assemblée du peuple des condamnations par eux prononcées. D'un autre côté, l'*appellatio* était permise, car tout Romain qui se croyait opprimé par un décemvir pouvait requérir l'intervention d'un de ses collègues.

Mais pendant la seconde année de ce régime exceptionnel les décemvirs s'entendirent pour annihiler ce recours ; de sorte que l'*appellatio* ne valait à l'opprimé qu'un traitement encore plus rigoureux (*p*).

Après la chute des décemvirs, le tribun Virginius traduisit Appius devant le peuple, avec menace de le faire arrêter immédiatement s'il ne fournissait pas caution que son procès serait instruit devant un *judex*. Appius tenta vainement de se soustraire à cette menace, d'abord par une *provocatio* devant le peuple, ensuite par une *appellatio* à d'autres tribuns; il fut saisi, et finit sa vie en prison (*q*).

VIII.

Voici des exemples d'intervention dans des procès civils par *appellatio* devant les magistrats égaux ou supérieurs.

Verrès rendit comme préteur plusieurs décrets en contradiction avec son propre édit. Cet arbitraire inouï motiva l'intervention du préteur L. Piso, qui par son opposition empêcha plus d'une fois ces iniquités (*r*).

(*p*) Livius, III, 33, 34, 36.
(*q*) Livius, III, 56, 57.
(*r*) Cicero, in Verrem, II, 1. C. 46.

Une cession de biens d'après une taxe publique ayant été ordonnée pour la réduction des dettes, le préteur C. Trébonius fut chargé d'exécuter cette mesure. Le préteur M. Cælius, qui la désapprouvait, voulut y mettre obstacle en établissant son tribunal à côté de celui de Trébonius, offrant à tout défendeur son opposition contre les décisions de Trébonius; mais personne ne réclama son intervention (*s*).

Un affranchi avait, par un testament où son patron était prétérit, institué héritier un eunuque (matris magnæ Gallus (*t*). Le préteur Cn. Orestes accorda d'abord à l'héritier institué une *B. P. secundum tabulas*, puis une action en pétition d'hérédité (*u*); mais le consul Lépidus forma opposition à ces décisions du préteur, dans l'intérêt du patron (*v*), par le motif que l'héritier institué n'était ni homme ni femme (*w*).

IX.

Voici des exemples de l'intervention des tribuns dans des procès civils.

Dans un procès de Quinctius un préteur avait ordonné à tort la dation d'une caution. On réclame l'opposition des tribuns, et ceux-ci, sans la déclarer immédiatement, par la seule menace arrêtent l'exécution du décret (*x*).

(*s*) Cæsar, de Bello civ., III, 20.

(*t*) Valerius Max., VII, 7, § 6.

(*u*) Elle est appelée *restitutio in bona*; c'était vraisemblablement un interdit *quorum bonorum*.

(*v*) « Prætoriam jurisdictionem abrogavit. »

(*w*) On comprend très-bien l'efficacité de l'intervention du consul, mais on comprend moins bien le motif par lui allégué. Le consul voulait-il regarder le castrat comme infâme, et dès lors comme indigne de paraître devant le tribunal? Mais personne n'aurait suggéré cette idée au consul, car les infâmes véritables pouvaient postuler pour eux mêmes. (L. 1, § 8, de his qui not.) Peut-être faisait-on par analogie l'application de la loi Voconia, le castrat étant encore moins qu'une femme, et dès lors tout au moins aussi incapable d'être institué héritier. Cf. L. 12, § 1, de bon. poss. (XXXVII, 1).

(*x*) Cicero, pro Quinctio, c. 7, 20, 22; Keller, l. c., p. 139 sq.

M. Tullius avait intenté contre Q. Fabius une action de vi hominibus armatis coactisve damno dato. Le défendeur demandait que l'on insérât dans la formule la condition restrictive : *injuria* damno dato, mais à tort; car l'*actio L. Aquiliæ* était la seule où une semblable restriction fût admissible. Le préteur ne faisant pas droit à cette demande, le défendeur se pourvut devant les tribuns; mais ceux-ci approuvèrent le décret du préteur sur la rédaction de la formule, et déclarèrent : *nihil se addituros* (*y*). — Si les tribuns eussent admis la requête, ils eussent annulé toutes les conséquences pratiques de la formule ainsi blamée.

Nous voyons les tribuns former opposition au décret que le préteur des *peregrini* voulait rendre sur une action intentée contre C. Antonius par les habitants d'une province qu'il opprimait (*z*).

Les tribuns intervenaient également dans les procès criminels. Ainsi ils défendirent une fois à un accusé de se présenter devant les juges, ce que Cicéron appelle un acte inouï (*aa*). Dans un autre procès criminel un seul *judex* se trouvait absent (il plaidait une affaire civile); un tribun empêcha par son opposition les juges d'aller aux voix, et il fit suspendre l'affaire civile, afin de permettre à ce *judex* de prendre part au procès criminel (*bb*).

X.

J'ai dit plus haut que bientôt après l'établissement de l'Empire nous voyons pour les procès civils divers degrés de juridiction remontant jusqu'à l'empereur, organisation inconnue du temps de la république. D'un autre côté, les em-

(*y*) Cicero, pro Tullio, c. 7, 38, 39, 40; Keller, l. c., p. 144, 145.
(*z*) Asconius, in Or. Cic. in toga candida, p. 84 ed. Orell.
(*aa*) Cicero, in Vatin, c. 14.
(*bb*) Cicero, pro Cluentio, c. 27.

pereurs en fondant leur puissance furent fidèles au principe d'éviter les formes nouvelles et les noms nouveaux, mais d'exploiter les anciennes institutions de la république, et de les combiner de manière à dissimuler les innovations réelles.

L'analogie autorise donc une supposition très-vraisemblable, c'est que l'on aura rattaché l'organisation des instances aux anciennes institutions qui viennent de nous occuper (la *provocatio* et l'*appellatio*) ; il s'agit maintenant de déterminer laquelle de ces institutions a servi de point de départ.

Plusieurs pensent que l'ancienne *provocatio* a été la base des nouvelles instances, et cela semble confirmé par le fait que la *provocatio* constituait réellement une seconde instance. Néanmoins cette opinion me semble tout à fait inadmissible. D'abord l'ancienne *provocatio* s'appliquait seulement aux affaires criminelles, et non aux procès civils. Ensuite la *provocatio* portée devant l'empereur aurait établi, quant à la forme, une assimilation entre l'autorité impériale et celle de l'ancien *populus;* or pendant longtemps on évita soigneusement toute apparence de ce genre, et les empereurs voulaient sembler n'exercer que les pouvoirs attachés aux magistratures déférées par le *populus.*

XI.

La *provocatio* ainsi écartée, il ne nous reste plus que l'*appellatio* comme base de la nouvelle organisation, et cette origine se trouve pleinement justifiée.

D'abord il est certain que les pouvoirs dont les empereurs étaient régulièrement investis leur fournissaient les moyens de recevoir en matière civile des appels de toutes les parties de l'Empire, et d'influer par leur opposition sur le résultat du litige. La *tribunitia potestas* conférée à vie, dès l'an 706 à César, et en 724 à Auguste, leur attribuait ce pouvoir pour

Rome et pour l'Italie (*cc*). Dans les provinces impériales le lieutenant était sous la dépendance absolue de l'empereur, qui le dominait. Dans les provinces sénatoriales l'empereur avait le droit d'*intercessio* contre toutes les décisions judiciaires du proconsul, dont il était l'égal en vertu de sa *proconsularis potestas*.

J'ai montré plus haut que l'*appellatio* et l'*intercessio*, par leur nature purement négative, différaient essentiellement d'une instance, et avaient de l'analogie avec la simple cassation. Mais la cassation dès qu'elle s'exerce fréquemment et avec régularité tend à se rapprocher de l'instance. Sous la république son emploi ne pouvait être ni fréquent ni régulier, parce que les pouvoirs des tribuns, ne durant qu'une année, étaient partagés entre plusieurs, et que d'ailleurs des intérêts politiques plus importants les occupaient presque exlusivement. Il n'en était pas de même de la *tribunitia potestas* conférée à vie aux empereurs. Néanmoins, l'organisation d'une instance proprement dite n'aurait jamais eu lieu, ou du moins n'aurait eu lieu que plus tard, si elle n'eût répondu à un besoin réel (§ 284). La monarchie une fois établie, il était facile de satisfaire ce besoin; les attributions bien connues, et non contestées, de l'autorité impériale en offraient les moyens, et j'ai déjà montré que cela ne demandait aucune innovation, aucun changement dans les formes ou dans les noms.

On pourrait exprimer ainsi la transformation qui s'opéra alors: l'empereur appliqua aux procès civils son droit d'*appellatio* et d'*intercessio* d'une manière générale et régulière, qui fit participer l'*appellatio* à la nature de la *provocatio*.

XII.

Cette explication historique de l'origine des instances se

(*cc*) Dio Cassius, XLII, 20; LI, 19.

trouve merveilleusement confirmée par la phraséologie nouvelle qui s'établit dès les commencements de la domination impériale. Tite-Live emploie encore les expressions de *provocatio* et *appellatio* dans leurs sens propre et rigoureux (notes *p*, *q*). Bientôt après, la distinction s'efface, et ces expressions sont employées comme des synonymes désignant une seule et même chose. C'est ce que nous voyons notamment dans les sources du droit.

Plinius, Hist. nat. VI, 22 (en parlant d'un peuple indien) : « sic quoque *appellationem* esse *ad populum*. » Gellius, IV, 4 : « Mamilia ad tribunos plebei *provocavit*. »

Gellius, VII, 19 : « Scipio Africanus fratris nomine ad collegium tribunorum *provocabat*. »

L. 1, § 1, quæ sent. (XLIX, 8) : « nec *appellare* necesse est, et citra *provocationem* corrigitur. »

L. 1, § 1, a quib. app. (XLIX, 2) : « Et quidem stultum est illud admonere, a principe *appellare* fas non esse, cum ipse sit *qui provocatur*. »

XIII.

On pourrait croire que les instances une fois organisées, la *provocatio* et l'*appellatio* cessèrent d'exister comme institutions distinctes. Sans doute il ne pouvait plus être question de *provocatio* devant l'assemblée du peuple ; mais le droit de se pourvoir par *appellatio* devant les tribuns continua de subsister, et leur intervention dans les procès civils, maintenue sous le nouveau régime, n'eut pas plus d'importance que sous la république. Pline le Jeune atteste à ce sujet sa propre expérience, et il dit qu'un tribun ne peut sans inconvenance, pendant la durée de ses fonctions, figurer dans un procès qui lui est étranger comme représentant de l'une des parties (note *o*).

APPENDICE XVI.

L. 7, DE EXCEPTIONE REI JUDICATÆ (XLIV, 2).

(§ CCXCVI — § CCXCIX.)

De tous les textes du Digeste relatifs à l'autorité de la chose jugée celui-ci est le plus instructif pour nous. Il se distingue par la profondeur des principes qu'il développe, par la sagacité, la clarté et la sûreté de ses décisions. Néanmoins, cet éloge ne s'applique qu'au commencement et à la fin du texte, car on trouve au milieu beaucoup d'obscurités, de vague et de contradictions apparentes.

Je crois pouvoir écarter toutes ces difficultés, ou du moins le plus grand nombre, au moyen d'une division nouvelle des paragraphes, division qui montrera clairement en quoi mon interprétation diffère de celle adoptée jusqu'à présent. Ce moyen fort simple a été admis de tout temps comme appartenant à la simple exégèse; il diffère essentiellement d'une rectification du texte, car la division en paragraphes, telle qu'elle existe dans nos éditions, est l'œuvre des éditeurs, et ne fait nullement partie intégrante des textes manuscrits.

Néanmoins ce procédé pourrait être suspect si on l'employait pour établir sur l'autorité de la chose jugée une théorie nouvelle, contraire à celle qui s'appuierait sur l'interprétation ordinaire, ou bien encore si les interprètes s'accordaient pour trouver satisfaisante la division du texte, et s'il s'agissait de troubler cet accord. Or, nous avons ici précisément le contraire de tout cela.

La partie vague et obscure de notre texte n'a été invoquée par personne pour établir une théorie sur l'autorité de

la chose jugée, et je ne prétends pas non plus m'en servir dans ce but. Les incertitudes qu'il présente ne portent pas sur l'autorité de la chose jugée, mais sur des matières appartenant à d'autres parties de la science, notamment sur la théorie de la propriété et de la possession. — Mais le point principal est que les interprètes qui se sont occupés le plus sérieusement de cette partie obscure de notre texte ne sont nullement satisfaits de l'interprétation ordinaire qu'on lui donne, et il n'y a donc point d'accord d'opinions à troubler. Les témoignages suivants prouveut ce que j'avance ici.

Voici comment s'exprime Doneau au sujet de notre texte (*a*) : « Hoc quidem Ulpianus negaverat obiter in principio. L. 7, « D., de exc. rei jud. his verbis... Sed quod hic exempli « tantum caussa, ct velut aliud agens posuerat, id corrigit « postea, et mutat ex professo in lapidibus, cementis, et « tignis, addita in § 2 ea ratione, ex qua facile intelligerc li- « ceat, hoc idem illud ct de tabulis navis sentire. » Doneau admet évidemment qu'Ulpien a traité cette matière avec beaucoup de légèreté.

Keller explique les prétendues contradictions du texte par les fluctuations constantes d'Ulpien entre la fonction positive et la fonction négative de l'exception. Il suppose aussi que notre texte est l'extrait incomplet d'un texte original beaucoup plus étendu, et que les compilateurs en auraient retranché plusieurs citations d'anciens jurisconsultes (*b*). — Un autre auteur pense qu'Ulpien a confondu des matières

(*a*) Donellus, lib. XXII, c. 5, § 9.

(*b*) Keller, p. 261-276, surtout 263, 271. Je ne saurais voir d'hésitation entre les deux formes de l'exception, surtout dans ce texte, où, vers le milieu (§ 1), et plus précisément encore vers la fin (§ 4), le principe de la fonction positive de l'exception est si clairement exprimé et appliqué avec tant de conséquence.

tout à fait dissemblables, et est ainsi arrivé à des décisions peu sûres (*c*).

On voit d'après cela que les interprètes ne sont nullement satisfaits de notre texte, et ils admettraient volontiers une explication nouvelle propre à lever les contradictions qui ont motivé de leur part des jugements aussi sévères sur l'ancien jurisconsulte.

Je ne me propose donc point ici d'établir sur l'autorité de la chose jugée une théorie nouvelle ou d'attaquer une ancienne théorie. Je veux essayer de justifier Ulpien des reproches qu'on lui adresse, et de dissiper en même temps le sentiment pénible qu'on éprouve en voyant au milieu du texte le plus clair et le plus instructif, une suite de propositions confuses, incohérentes et même absolument contradictoires.

Je donne maintenant le texte tel que je propose de le lire en l'accompagnant des explications nécessaires.

Princ.: Si quis, cum totum petisset, partem petat. Exceptio rei judicatæ nocet; nam pars in toto est : eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso : dicendum erit exceptionem obstare. Proinde etsi proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo quem petii, obstabit exceptio. Idem erit probandum, etsi duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur : nam nocebit exceptio (*d*).

§ 1. Item (*e*) si quis fundum petierit, mox arbores excisas

(*c*) Brackenhoeft, Identität der Rechtsverhältnisse, p. 209 sq., surtout p. 210, 215.

(*d*) Cette partie du texte a déjà été transcrite et expliquée avec détails p. 442. Au point de vue de la fonction négative, sa décision est également juste, et Ulpien prononce ici avec une entière certitude, sans laisser la moindre place à la supposition d'une controverse.

(*e*) A cette partie du texte se rapportent la nouvelle division que je pro-

ex eo fundo petat : aut insulam petierit, deinde aream, vel tigna, vel lapides petat : item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem : si (*f*) ancillam prægnantem petiero, aut (*g*) post litem contestatam conceperit et pepererit, mox

pose, et l'interprétation nouvelle qui en résulte. Les éditions placent les mots : *item si* jusqu'à *tabulas vindicem* dans le principium, et font commencer le § 1 par ces mots : *si ancillam*. Dès lors *tous* les cas ainsi mentionnés se trouvent compris dans cette décision *que l'exception est certainement applicable* (nam nocebit exceptio). Examinons maintenant les termes de notre texte, puis le fond des choses. Le mot *item* placé au commencement d'une proposition indique une affinité entre cette proposition et celle qui précède. Cette affinité, susceptible de divers degrés et de plus ou de moins d'extension, peut s'appliquer aux cas mentionnés dans les deux propositions (les questions à résoudre) comme à l'appréciation des questions (leur solution même). D'un autre côté, la langue n'admet pas une extension aussi vaste, et l'affinité doit porter seulement sur les questions avec plus ou moins de différence dans leur solution. Si maintenant notre texte finissait aux mots *tabulas vindicem*, il faudrait admettre entre ces questions l'affinité la plus étendue, et c'est ce qu'impliquent les éditions. Mais comme nous avons, dans la division que je propose, une proposition nouvelle avec une autre conclusion (*magnæ quæstionis est*), les termes du texte nous laissent un libre choix, et ce choix ne doit être déterminé que par des motifs tirés du fond des choses. Or ces motifs justifient ma division, car autrement on ne peut éviter la contradiction évidente que présente la décision du § 2 relative aux *cementa*, contradiction sévèrement signalée par tous les interprètes. — Mon explication du texte peut se résumer ainsi : quand un individu revendique un domaine, et que plus tard, après avoir vu rejeter sa demande, il réclame des arbres coupés sur ce domaine, ou bien un bâtiment... ou un bateau... ou une esclave... *dans tous ces cas l'application de l'exception presente de graves difficultés.* » (Jusqu'ici Ulpien ne décide rien sur ce point.)

(*f*) Si ce cas ne commence pas comme les autres par *item*, c'est sans doute une simple variété de rédaction ; peut-être aussi *item* existait dans le texte et avait été omis à cause de la ressemblance apparente de la syllabe qui précède, *icem*, et alors nous pourrions le rétablir par voie de gémination.

(g) Les manuscrits et les éditions portent ici *et*, ce qui ne donne aucun sens, car l'esclave déjà enceinte à l'époque de la *litiscontestatio* ne saurait l'être de nouveau immédiatement après. Le léger changement de *aut* donne ce sens fort simple : « Si une esclave réclamée est déjà enceinte à l'époque de la *lit. cont.*, ou le devient bientôt après dans le cours du litige. » Avant *conceperit* il faut donc sous-entendre : *ancilla petita*, et ainsi il n'y a pas lieu de modifier le texte.

partum ejus petam : *utrum idem petere videor, an aliud, magnæ quæstionis est* (*h*). Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi quotiens apud judicem posteriorem id quæritur quod apud priorem quæsitum est (*i*). *In his igitur fere omnibus exceptio nocet* (*k*).

§ 2. Sed in cementis et lignis diversum est (*l*) : nam is qui insulam petit, si cementa, vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea conditione est ut videatur aliud petere : etenim cujus insula est, non utique et cementa sunt : denique ea quæ juncta sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest (*m*).

(*h*) Ces mots se rapportent donc à tous les cas énumérés dans le § 1 d'après la division que je propose (note *e*).

(*i*) Ces mots renferment le principe fondamental qui doit servir à la solution de toutes les questions proposées, et ce principe est que l'exception s'applique toutes les fois que dans les deux actions il s'agit d'une seule et même question de droit (p. 424-425).

(*k*) L'application du principe fondamental doit conduire, suivant Ulpien, à reconnaître l'exception admissible dans *presque tous* les cas énumérés. Voyons maintenant comment cette assertion se justifie. L'exception est effectivement admissible, 1° dans le cas du domaine et des arbres coupés ; 2° dans le cas de la maison et du sol nu (*area*); 3° dans le cas de l'esclave et de l'enfant engendré avant ou après l'action intentée. L'exception *n'est pas admissible* dans le cas de la maison et des matériaux, comme le dit expressément le § 2.

(*l*) Le cas des matériaux de construction est donc le seul soumis à une règle différente, puisqu'ici l'exception n'est pas admissible. Cela contraste très-bien avec les mots qui précèdent immédiatement : « in his *fere* omnibus. » Le « *sed* in cementis » exprime ainsi un *seulement*, et explique le *fere*. — Du reste, la décision relative aux *cementa* est tellement positive et certaine, qu'elle rend impossible l'interprétation que l'on donne ordinairement de la mention précédente des *cementa* (note *e*). On trouvera dans la note suivante le véritable motif de cette décision particulière.

(*m*) Ulpien ne se prononce point sur les vaisseaux, mais je crois qu'il doit en être de même des planches d'un vaisseau que des poutres d'une maison. Quand un juge rejette la revendication d'un vaisseau, il ne dénie pas tacitement la propriété de planches isolées, car dans l'état du litige il ne peut pas connaître de cette propriété : il faudrait d'abord que la séparation des planches eût été opérée par une *actio ad exhibendum*. L. 23, § 5, de R. V., L. 6, ad exhib. — La seule différence entre le vaisseau et la maison consiste en ce que

§ 3. De fructibus eadem quæstio est, ut (*n*) de partu; hæc enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt quæ petita est : magisque est ut ista exceptio noceat (*o*). Plane si in restitutionem vel fructus, vel etiam partus venerunt, æstimatique sunt : consequens erit dicere exceptionem objiciendam (*p*).

pour la maison cette séparation préalable ne peut jamais être demandée. L. 6, cit.; L. 7, § 10, de adqu. rer. dom. Sans cette séparation la revendication ou l'adjudication des parties isolées du vaisseau ou de la maison est également impossible.

(*n*) Les manuscrits et les éditions portent *et*, le sens exige *ut*. Il s'agit en effet d'appliquer aux fruits (et l'on peut y comprendre les *arbores excisæ* nommées au commencement) la décision rendue pour l'enfant de l'esclave. Au lieu de *ut* l'on pourrait encore lire *ac*, qui par suite des abréviations des manuscrits aurait été par erreur changé en *et*.

(*o*) Les manuscrits et les éditions portent : « *non* noceat » ; mais on lit dans la glose : « Si habes sic *non*, plana est.. si vero habeas *non noceat*, ut habent fere omnes communiter » ; rel. Il ne faut pas voir là une correction proposée par Accurse, mais la preuve qu'il y avait réellement deux leçons différentes, entre lesquelles nous devons choisir, dont l'une néanmoins se trouve dans la plupart des manuscrits ; voyons ensuite comment expliquer ces deux textes. — La leçon *noceat* (sans *non*) me paraît être la bonne; et voici mes motifs. D'après le principe de la fonction négative, on pourrait vouloir distinguer entre la conception antérieure ou postérieure à la *lit. cont.*, mais Ulpien ne distingue pas. D'après le principe de la fonction positive (*eadem quæstio*) établi ici par Ulpien, et suivi dans toutes ses conséquences, l'admissibilité de l'exception n'est pas douteuse, car la propriété de la mère une fois déniée, la revendication de l'enfant devient impossible. La nécessité de cette leçon résulte de ces expressions du § 1 : In his *fere omnibus*... nocet », expressions qui seraient déraisonnables si précisément dans les cas, si nombreux, des enfants d'esclaves et des fruits, le contraire devait avoir lieu. — Maintenant ces mots : « hæc enim nondum... petita est », doivent s'entendre ainsi : « car si le plus souvent l'enfant n'existait pas encore à l'époque de l'action, et dès lors n'a pas été amené *in judicium*, le principe de la *eadem quæstio* n'en est pas moins applicable, puisque la propriété de l'enfant revendiqué plus tard ne peut dériver que de la propriété de la mère (sed ex ea re sunt quæ petita est), et cette propriété a été niée par le jugement antérieur. » Après les mots : *hæc enim* on doit donc sous-entendre *etsi* ou *quidem* ; c'est pour avoir vu dans ces mots le principe positif de la décision, au lieu d'un motif de doute, que l'on a imaginé la fausse leçon de : *non* noceat.

(*p*) Cette dernière proposition (*Plane si*, rel), renferme, d'après l'interpré-

§ 4. Et generaliter.... exceptione summovebitur.

§ 5. Idem erit probandum.... videntur in petitionem deduci (*q*).

L'interprétation que je propose pour les diverses parties du texte d'Ulpien ressortira encore mieux de l'enchaînement général des idées, que l'on peut résumer ainsi.

L'auteur commence par énumérer différents cas où après qu'un tout a été réclamé (sans succès) on vient ensuite réclamer une partie du même tout. Dans ces différents cas, dit-il, l'exception est évidemment applicable, et là-dessus il ne mentionne ni doute ni controverse.

Vient ensuite (§ 1) une série de cas de différentes espèces qui ne se ramènent pas, au moins d'une manière aussi directe et aussi sûre que les précédents, à un rapport commun, celui du tout à la partie. Sur ces cas Ulpien ne donne aucune décision; seulement il observe qu'ils ont donné lieu à des doutes et à des controverses. — Puis il pose une règle qui doit servir à décider tous ces cas, et cette règle ne fait qu'exprimer la fonction positive de l'exception : l'existence pour les deux actions d'une *eadem quæstio* comme condition de l'admissibilité de l'exception. — Il ajoute que l'exception est réellement applicable dans *presque tous* les cas qu'il a représentés comme douteux.

Il se livre (§ 2) à l'examen spécial d'un de ces cas douteux, auquel l'exception *n'est pas* applicable; puis il examine (§ 3) un autre de ces cas où l'application de l'exception est

tation ordinaire (avec *non* nocent), une décision opposée; d'après mon interprétation, une décision semblable, mais fondée sur un principe indépendant de toute controverse, et dès lors péremptoire. En effet, si dans un procès antérieur le défendeur avait déjà remplacé des fruits par une indemnité en argent, c'est-à-dire les avait achetés, une revendication nouvelle de ces mêmes fruits serait contraire aux règles certaines sur le concours des actions (§ 232).

(*q*) J'ai déjà cité et expliqué, p. 427, les deux derniers paragraphes, qui n'ont aucun rapport avec les difficultés dont je viens de m'occuper.

encore plus étendue, et il écarte une objection spécieuse qu'on pourrait élever contre cette application.

Enfin (§ 4) il reproduit en des termes encore plus précis la règle déjà posée plus haut, et il l'applique au rapport de la pétition d'hérédité avec l'action de la propriété (§ 4), comme au rapport de la pétition d'hérédité avec l'action en recouvrement d'une créance dépendant de la même succession (§ 5).

J'ai déjà dit qu'un auteur moderne reproche à Ulpien d'hésiter constamment dans ce texte entre le point de vue de la fonction positive et celui de la fonction négative de l'*exceptio rei judicatæ*, ajoutant que l'on pourrait expliquer par là les obscurités et les contradictions (réelles ou prétendues) de ce texte. Je répète que ce reproche ne me paraît pas fondé; je vais essayer, à propos de cette divergence d'opinion, de mieux caractériser que je ne l'ai fait (§ 281, 282) les deux formes de fonctions de l'exception, et d'en signaler les analogies et les différences.

Nous sommes accoutumés à nous représenter les deux fonctions de l'exception comme reposant sur deux principes distincts et en partie opposés, et ce contraste bien marqué sert à nous donner une intelligence plus complète du sujet. Mais on irait trop loin si l'on s'imaginait que dès l'origine les jurisconsultes romains se soient clairement rendu compte de cette différence.

L'ancienne forme de l'exception reposait sur ce principe, qu'une action une fois exercée ne pouvait être reproduite de nouveau; l'application de l'exception se ratttachait alors à un signe extérieur, et pour la plupart des cas ce principe était suffisant. Mais peu à peu l'expérience fit voir que ce principe ne suffisait pas toujours, et que son application entraînait quelquefois des rigueurs injustes. On voulut satisfaire ce besoin pratique, et on y parvint en substituant à la forme primitive de l'exception une forme nouvelle,

basée sur la nature intime du rapport de droit et du litige. On ne se contenta plus d'interdire la reproduction d'une action, on se proposa de mettre à l'abri de toute attaque le contenu d'un jugement prononcé, et ce principe nouveau et plus profond (celui de la *eadem quæstio*) ne se trouve nulle part exprimé avec autant de clarté, développé avec plus de force, mis en relief par un plus grand nombre d'applications que dans le texte d'Ulpien qui nous occupe.

Mais on ne prétendait nullement abandonner ou rejeter l'ancien principe, dont l'institution nouvelle était plutôt le développement que la négation. Le plus souvent les deux principes donnaient le même résultat, comme on le voit pour le grand nombre de cas dont Ulpien s'occupe spécialement dans notre texte.

Ainsi donc, quand Ulpien reproduisait sous différentes formes le principe de la *eadem quæstio*, et l'éclairait par de nombreuses applications, il pouvait très-bien, sans arrière-pensée et sans scrupule, employer des expressions qui s'adaptaient également au principe de la fonction négative (la consommation de l'action) (*r*). On ne peut donc lui reprocher à ce sujet d'hésiter entre les deux principes; l'emploi de ces expressions n'avait même aucun inconvénient.

(*r*) Telles sont les expressions suivantes : *eadem enim res* accipitur (princ.) — Utrum *idem petere* videor, an *aliud* (§ 1). — *aliud* petere (§ 2). — Videntur *in petitionem deduci* (§ 5). — Cf. en outre p. 427-428.

APPENDICE XVII.

CAUSA ADJECTA S. EXPRESSA.

(§ CCC.)

I.

Les principes suivants sont clairement exprimés par le droit romain; aussi sont-ils adoptés par le plus grand nombre des auteurs modernes.

Quand une action personnelle relative à une chose a été rejetée, une autre action personnelle peut être exercée relativement à la même chose, pourvu que l'obligation servant de base à chacune de ces actions ait une origine différente; car ce n'est pas l'objet, mais l'origine de l'action, qui constitue son individualité.

Il en est autrement des actions *in rem*. Ainsi, lorsque l'action par laquelle on réclame la propriété d'un immeuble a été rejetée, on ne peut plus la représenter de nouveau, lors même que dans la première action on aurait rapporté l'origine de la propriété à la tradition et à l'usucapion dans la seconde.

Ces deux règles ne sont pas contestées.

II.

Mais on prétend que la seconde de ces règles souffre deux exceptions.

La première exception se rapporte au cas où le titre de propriété que le demandeur invoque dans la seconde action

a une origine postérieure au premier litige (causa superveniens), car le premier jugement n'a pas pu prononcer sur la validité de ce titre.

Cette exception n'est pas non plus contestée.

La seconde exception se rapporte au cas où la première action assignait expressément à la propriété réclamée une origine spéciale, la tradition par exemple. Cette exception permet de réclamer de nouveau la même propriété, en lui assignant une autre origine, par exemple l'usucapion (*a*).

Cette seconde exception, vivement attaquée par des auteurs contemporains, va être ici l'objet d'un examen approfondi.

Avant de commencer cette recherche, il importe de bien déterminer le sens et les conséquences des deux doctrines opposées.

III.

Les partisans de l'exception reconnaissent que chacune des deux actions doit avoir assigné au droit réclamé une origine exclusive et distincte. D'après la procédure de l'ancien droit romain, cette restriction devait sans doute être insérée dans la *formula*. — Comme la *formula* est étrangère à la procédure moderne, l'action intentée doit exprimer cette restriction, et pour cela il ne suffit pas que l'origine de la propriété soit simplement mentionnée, il faut que l'intention qui doit motiver l'exception soit exprimée formellement, mais peu importe en quels termes et dans quelle partie de l'acte introductif d'instance.

IV.

Le demandeur qui veut avoir droit à cette exception y

(*a*) Cette exception est fondée sur les textes suivants : L. 11, § 2, de exc. rei jud. (XLIV, 2), d'Ulpien ; et L. 14, § 2, eod. de Paul.

trouve un avantage et un préjudice; un avantage, car si son action est rejetée il peut en intenter une nouvelle; un préjudice, car il ne peut rapporter l'existence de son droit à une autre origine que celle spécialement désignée, tandis que sans cette restriction il aurait pu invoquer simultanément différentes espèces de preuves.

V.

Les adversaires de l'exception veulent en la rejetant étendre l'efficacité de l'*exceptio rei judicatæ*, c'est-à-dire empêcher la reproduction d'une action une fois rejetée. Mais comme cette doctrine aurait quelquefois des conséquences trop rigoureuses, ils y apportent un adoucissement. Au moyen d'une restitution, le demandeur peut reproduire l'action rejetée, en donnant à son droit de propriété une autre origine, lors même qu'il n'aurait pas eu le soin de se réserver cette faculté dans sa première demande.

Si les motifs généraux de restitution tels que la minorité et la fraude sont les seuls admis, ce secours est très-insuffisant. Si, au contraire, les motifs de restitution sont abandonnés à la libre appréciation du juge, sans autre règle que l'équité, l'autorité de la chose jugée, ainsi abandonnée à l'arbitraire, perd bien plus par l'incertitude de son efficacité qu'elle ne gagne au rejet de l'exception.

VI.

Je passe à l'exposé du débat. Il y a vingt ans, la légitimité de l'exception était si généralement reconnue, que jamais elle ne faisait l'objet du moindre doute (*b*). Puchta le premier l'attaque avec beaucoup de talent et d'érudition, et depuis cette époque les opinions ont été très-partagées.

(*b*) Même dans Keller (1827), p. 290, 291, on ne trouve aucune trace d'un doute.

Parmi les adversaires de l'exception on compte :

Puchta, Rhein. Museum, vol. II (1828), p. 251-270; vol. III, p. 467-487.

Cursus der Institutionen, vol. II, § 175.

Zimmern, Rechtsgeschichte, vol. III, p. 152-422.

Buchka, vol. I, p. 145, quant au droit romain.

Parmi les partisans de l'exception, c'est-à-dire de l'opinion autrefois généralement adoptée on compte :

Heffter, Rhein. Museum, vol. III, p. 222-238.

Richelmann, Einflusz des Irrthums auf Vertrage, p. 116-118.

Brackenhoeft, Identitat der Rechtsverhaltnisse, p. 116-118.

Buchka, vol. II, p. 192, pour le droit actuel.

Wachter, Württemb. Privatrecht, vol. II, p. 445.

Je me range à l'opinion de ces derniers avec une entière conviction.

Kierullf, p. 257, exprime une opinion tout à fait individuelle. Il pense qu'en vertu de la moderne *æquitas*, et indépendamment de restriction exprimée ou non exprimée, toute action doit jouir du privilége que les Romains accordaient à la *causa expressa*. Une semblable *æquitas* détruirait en cette matière tous les avantages que la pratique peut retirer des principes d'une saine théorie.

VII.

On a invoqué dans cette controverse trois espèces d'arguments : 1° des considérations générales sur les véritables besoins de la procédure; 2° Les formes bien connues de la procédure romaine; 3° Enfin, et c'est là le point capital, le contenu des deux textes du Digeste qui font seuls la base de l'exception. Je suivrai dans cette discussion la marche adoptée avant moi, et j'examinerai successivement ces trois espèces d'arguments.

VIII.

En ce qui touche les besoins généraux de la procédure, les adversaires prétendent que l'exception ne remplit pas son but, qu'elle expose le défendeur à être inquiété par les actions du demandeur sans cesse reproduites, et que dans le cas d'un besoin pressant il vaudrait mieux recourir à la restitution (*c*).

Je ne saurais admettre aucune de ces objections (*d*). Le repos du défendeur n'est nullement compromis, car les frais de procédure dégoûteraient bientôt le demandeur d'intenter des actions toujours rejetées.

Il y a certainement des cas où le demandeur a un intérêt sérieux et légitime à se réserver l'exception; en voici des exemples. Celui qui réclame une propriété peut être convaincu de l'avoir acquise par tradition, et dans l'hypothèse où le juge n'admettrait pas ce moyen, se réserver d'établir son usucapion. Mais il ne lui convient pas de faire valoir en même temps ces deux titres, parce que la preuve de l'usucapion entraînerait des frais et des délais. — L'héritier institué qui est en même temps le plus proche parent du défunt, et qui veut exercer la pétition d'hérédité, si la validité du testament est douteuse, peut choisir entre deux actions différentes et qui s'excluent mutuellement (*e*). Rien alors de plus naturel et de plus convenable que d'exercer d'abord une de ces actions en se réservant la seconde, car invoqués simultanément ces deux titres contradictoires s'affaiblissent nécessairement.

Pour les cas de cette espèce les adversaires admettent le recours de la restitution. Mais une règle générale est évidemment préférable à un arbitraire dont j'ai déjà signalé les

(*c*) Puchta, Mus., vol. II, p. 261; vol. III, p. 483-485.

(*d*) Cf. Heffter, Mus., vol. III, p. 230-231.

(*e*) Un cas de cette espèce est supposé dans la L. 30, pr., de exc. rei jud. (XLIV, 2). Voy. p. 466.

dangers (num. V); car suivant les idées personnelles du juge la restitution pourrait être accordée ou refusée à tort.

IX.

Je passe à l'examen des arguments tirés des formes de l'ancienne procédure romaine, formes que Paul et Ulpien (note *a*) avaient nécessairement présentes à la pensée. Il s'agit donc de savoir comment la réserve qu'implique notre exception pouvait s'accommoder avec ces formes.

On sait que, indépendamment de la *legis actio*, il y avait pour les actions *in rem* deux formes différentes : la *sponsio* et la *petitoria formula* (*f*).

Les adversaires eux-mêmes reconnaissent que la réserve de l'exception était compatible avec la *sponsio*; seulement ils demandent comment on aurait contraint le défendeur à accepter une formule de *sponsio* ainsi conçue, et ils ajoutent que dans tous les cas cette forme de procédure est sans application au droit Justinien (*g*). Ce dernier point ne souffre pas non plus de difficultés.

X.

La question se réduit donc au cas de la *petitoria formula*, la seule forme de l'action de la propriété mentionnée dans le Digeste, sous la dénomination de *rei vindicatio*. Comment pouvait-on y insérer la réserve qui nous occupe?

Peut-être la réserve était-elle insérée dans l'*intentio* (*h*). Les motifs allégués contre la possibilité de cette insertion ne me semblent pas péremptoires (*i*). Sous cette forme, dit-on, l'action n'aurait plus été l'action de la propriété, elle serait

(*f*) Gajus, IV, § 91-95.
(*g*) Puchta, Mus., vol. II, g. 264, 268. Cf. vol. III, p. 440.
(*h*) Heffter, p. 244, donne une rédaction possible dans cette hypothèse.
(*i*) Puchta, Mus., II, 263-267; III, 474-477.

devenue en quelque sorte une *in factum actio*. Mais si à la formule : Si paret hominem Stichum Auli Agerii esse, on eût ajouté : ex causa mancipationis, cela n'en restait pas moins une pure *juris civilis intentio* (*k*). — On objecte que dans cette hypothèse il y aurait eu différentes rédactions de la *petitoria formula*, et l'on n'en retrouve aucunes traces. Mais la *petitoria formula* ne nous est connue que par des mentions accidentelles et très-peu détaillées; cette objection n'est donc d'aucun poids.

Ainsi je crois que la réserve pouvait être insérée dans l'*intentio*, mais cela ne me paraît pas vraisemblable, car cette réserve pouvait se faire d'une manière beaucoup plus simple et plus naturelle.

XI.

En effet, rien de plus simple et de plus naturel que d'exprimer la réserve au moyen d'une *præscriptio*, et une foule d'analogies directes mettent pour moi la chose hors de doute.

Les objections élevées contre cette doctrine ne me semblent nullement fondées (*l*).

Les prescriptions, nous dit-on, ne s'accordaient que pour satisfaire à un besoin pressant et impérieux, qui n'existe pas en cette circonstance. — D'abord nous ignorons absolument avec quel degré de facilité les Romains accordaient des prescriptions, et j'ai montré plus haut (num. VIII) que pour le cas qui nous occupe ce besoin existait réellement; Gajus mentionne une *præscriptio* (*m*) accordée dans une espèce où sa nécessité était bien moins évidente.

(*k*) Reste à savoir si l'on pourrait y voir une *in jus concepta intentio*, par opposition à une autre *in factum concepta*. Gajus, IV, § 45, 46.

(*l*) Puchta, Mus., II, 260; III, 471.

(*m*) Gajus, IV, § 131 : « ea res agatur de fundo mancipando. »

On ajoute que nous ignorons si en général les prescriptions s'accordaient pour les actions *in rem*. — Gajus, il est vrai, ne cite comme exemples que des actions personnelles; mais comme il n'en cite que deux, son silence est une très-faible présomption contre l'application des prescriptions aux actions *in rem*.

XII.

Voici comment on peut se représenter une prescription appliquée à un des cas de l'exception qui nous occupe.

Si l'on voulait restreindre l'action de la propriété au seul titre de la mancipation, et ainsi se réserver d'invoquer l'usucapion dans une action nouvelle, on devait ajouter une prescription conçue en ces termes.

Ea res agatur de fundo mancipato (*n*).

Si maintenant l'action était rejetée, et si plus tard on voulait exercer une action nouvelle en se fondant sur l'usucapion, une autre restriction devenait nécessaire; sans cela on aurait pu invoquer tous les titres possibles d'acquisition, celui notamment de la mancipation, contre lequel le défendeur aurait eu l'exception de la chose jugée. Cette seconde restriction pouvait s'exprimer d'une manière aussi précise que la première :

Ea res agatur de fundo usucapto.

Mais cette seconde restriction pouvait s'exprimer en termes

(*n*) De même que dans la prescription citée par Gajus, IV, § 131 : ea res agatur de fundo *mancipando*. Cette prescription avait pour but de limiter l'*actio emti* à la mancipation (avec réserve de la tradition). Dans notre cas la revendication est uniquement fondée sur la mancipation (avec réserve d'invoquer plus tard l'usucapion). Le but de ces deux prescriptions est d'établir en faveur du demandeur une réserve pour un temps à venir. — Dans le cas de la pétition d'hérédité la prescription pouvait être conçue à peu près en ces termes : ea res agatur de hereditate ex testamento (ou de B. P. secundum tabulas). — Ou bien : ea res agatur de legitima hereditate (ou de B. P. unde legitimi).

plus généraux, et dès lors applicables à d'autres espèces de cas (*o*), c'est-à-dire :

Ea res agatur de eadem re alio modo.

Des témoignages non équivoques nous montrent cette dernière forme de prescription réellement employée, et ces témoignages sont des preuves historiques irrécusables que parmi les prescriptions il y avait une forme usitée directement applicable au cas de notre exception.

Cicero, Ad fam. XIII, 27 (adressée à Servius, l'an 707) :

« Licet eodem exemplo sæpius tibi hujus generis litteras mittam... tamen non parcam operæ, et, *ut vos soletis in formulis*, sic ego in epistolis : *de eadem re alio modo.* »

Cicero, De finibus, V, 28 (de l'an 708) :

« Quæ cum Zeno didicisset a nostris, *ut in actionibus præscribi solet*, *de eadem re* egit *alio modo* (*p*). »

XIII.

Après avoir discuté les arguments généraux invoqués pour

(*o*) Ainsi, par exemple, dans le cas cité note *n*, dont parle Gajus, IV, § 131, quand plus tard l'*actio emti* devait avoir pour objet la *vacua possessio tradenda*.

(*p*) Récemment Liebe, Stipulation, p. 173, a donné une autre explication de cette prescription citée deux fois dans Cicéron. Suivant lui il faudrait y voir la *præscriptio* (proprement *exceptio*) *rei judicatæ* invoquée par le défendeur, et ces mots : *alio modo* exprimeraient que d'après la L. 7. § 4, de exc. r. j., cette exception peut être invoquée contre une nouvelle action *vel alio genere judicii*. Cette interprétation forcée n'est pas soutenable. Le petit nombre de textes où l'*exc. r. j.* est appelée *præscriptio* (L. 10, 11, de exc.; L. 29, pr., de exc. r. j. L. 63, de re jud.; L. 42, de lib. causa) s'expliquent par une négligence de rédaction qui fait employer comme synonymes *præscriptio* et *exceptio*. S'il s'agissait effectivement de l'*exc. r. j.*, la formule du moins devrait être autrement rédigée; ainsi, d'après Gajus, IV, § 133, à peu près en ces termes : ea res agatur *si* ea res judicata *nondum sit*. L'expression positive : de eadem re, ne pouvait convenir qu'à une *præscriptio* proprement dite, établie *pro actore* (Gajus, IV, 130, 133). — Ce n'est pas là d'ailleurs la seule critique que l'on puisse faire de cette interprétation.

et contre la validité de l'exception, je vais expliquer les deux textes du Digeste qui lui servent de base.

L. 11, de exc. rei jud. (XLIV, 2) (*q*) :

§ 1. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem.

§ 2. Si quis autem petat, fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione.

Ces deux paragraphes désignent évidemment deux cas opposés, et qui par conséquent appellent des décisions inverses. La position de *autem* dans le § 2 nous montre le contraste indiqué dès les premiers mots. La paraphrase suivante va mettre en relief le contenu de ces deux propositions.

Si je revendique un esclave, *croyant* l'avoir acquis par tradition, si mon action est rejetée, et si plus tard je découvre que j'en suis réellement propriétaire, non en vertu de la tradition, mais par suite d'un héritage, je ne puis renouveler ma demande sans être repoussé par l'exception de la chose jugée. Si *au contraire* j'avais fait une première demande, non dans la supposition erronée d'une tradition, mais avec indication *expresse* de ce titre d'acquisition (Si... petat, fundum suum esse, eo quod Titius *tradiderit*), mon action une fois rejetée, l'exception ne m'empêche pas de présenter une nouvelle demande, *parce que* je n'ai pas simplement supposé la *causa*, mais parce que je l'ai indiquée *expressément* (*causa adjecta* pour : *quia causa adjecta erat*).

Puchta entend par *causa adjecta* une *nova* ou *superveniens causa*, ce qui rentre dans la première exception dont j'ai parlé

(*q*) Sur la liaison intime des diverses parties de ce texte, voy. Heffter, p. 227, 228.

plus haut (num. II), et alors ce texte n'aurait aucun rapport avec la seconde exception (*r*).

Voici les motifs qui doivent faire rejeter cette interprétation. D'après plusieurs autres textes l'expression *causa adjecta* désigne une addition faite par le demandeur à la formule de son action (*s*), c'est-à-dire un acte émanant du demandeur, tandis qu'une acquisition postérieure qui a pu s'opérer à l'insu et sans le concours du demandeur serait désignée par cette expression d'une manière très-impropre, et en tout cas très-peu claire.

Ensuite les § 4 et 5 seraient la reproduction inutile et oiseuse du § 2, tandis que d'après l'interprétation ordinaire par moi adoptée, le § 2 exprime une exception, le § 4 en exprime une autre, et le § 5 ne fait que rappeler *mutata opinio* pour mettre en relief le contraste qui existe entre la *mutata opinio* et le *adquisitum postea dominium*.

XIV.

Le second texte emprunté à Paul est conçu ainsi :

L. 14, § 2, de exc. rei jud. (XLIV, 2).

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eadem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur, at cum in rem ago, *non expressa causa ex qua rem meam esse dico*, omnes causæ una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest : sæpius autem deberi potest.

Voici l'explication de ce texte : Le rejet d'une action per-

(*r*) Puchta, Mus., II, p. 258.

(*s*) L. 1, § 2, de rei vind. (VI, 1); Vaticana fragm., § 52. Cf. Heffter p. 223, 227. — On ne saurait invoquer à l'appui de cette interprétation la L. 3, de usurp. (XLI, 3) : « Usucapio est *adjectio dominii* per continuationem possessionis, » car la continuité de la possession résulte de l'activité soutenue du possesseur.

sonnelle n'empêche pas le demandeur de réclamer de nouveau la même chose, pourvu que l'obligation servant de base à la nouvelle action ait une autre origine (*causa*), car cette différence d'origine constitue deux obligations distinctes et indépendantes. Il n'en est pas de même des actions *in rem*, qui ayant pour objet un droit à une chose déterminée, quelle que soit d'ailleurs l'origine de ce droit, ne peuvent être reproduites quand elles ont été une fois rejetées, lors même que le demandeur assignerait à son droit une autre origine. Cette dernière règle souffre néanmoins une exception : quand dans sa première action le demandeur a attribué *expressément* une origine spéciale à son droit, le rejet de cette action ne l'empêche pas de réclamer de nouveau la même chose en donnant à son droit une origine.

Cette explication est si simple et si naturelle, qu'elle ne me paraît susceptible d'aucun doute. Elle me semble surtout confirmée par l'accord remarquable qu'elle établit entre le texte de Paul et celui d'Ulpien cité plus haut (num. XIII), malgré la différence des expressions et de la physionomie de ces deux textes.

Les adversaires de l'exception expliquent les mots : *non expressa causa*, par : « l'origine du droit n'étant pas indiquée pour les actions *in rem*, c'est-à-dire ne pouvant être indiquée » (*t*), et ainsi ils voient dans ces mots non pas une exception ajoutée, mais le motif de la généralité de la règle. Cette interprétation me semble forcée, et d'autant moins admissible, que si, comme le prétendent les adversaires, les Romains n'eussent jamais connu cette exception, l'addition de ces mots eût été sans motifs.

Si la controverse qui nous occupe aujourd'hui eût existé

(*t*) Puchta, Mus., II, p. 269; III, p. 481; *non expressa causa* est donc l'équivalent de : *cum in his actionibus causa non exprimatur*, ou bien *exprimi non possit, non soleat.*

avant Paul, l'addition aurait servi à réfuter l'opinion que Paul aurait rejetée. Mais, en admettant avec les adversaires que les Romains n'aient jamais pensé à une semblable exception, on ne comprend pas pourquoi Paul aurait cru devoir ajouter les mots *non expressa causa.*

XV.

La manière dont est traité un cas différent mais tout à fait analogue vient confirmer ce que j'avance ici. L'*actio redhibitoria* pouvait être basée sur différents vices de la chose vendue ; une fois rejetée, cette action ne pouvait plus être représentée malgré l'allégation d'un autre vice de la chose. Néanmoins le défendeur pouvait se réserver cette faculté, si au moyen d'une prescription il motivait expressément son action sur un vice déterminé de la chose, et alors le rejet de cette action ne l'empêchait pas d'en intenter une nouvelle autrement motivée (*u*).

L. 48, § 7 de ædil. ed. (XXI, 1) :

Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere, et prædicere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur.

Ce cas a une analogie évidente avec celui de l'hérédité ou de la propriété fondée sur des titres différents.

La nature du besoin est la même dans les deux cas, et notre exception y satisfait pour les actions *in rem*, précisément de la manière adoptée pour l'action rédhibitoire.

(*u*) Pour l'*actio quanti minoris,* cette réserve n'est pas nécessaire ; une action peut toujours être intentée pour un nouveau vice de la chose, soit que la première ait été admise ou rejetée ; il faut seulement que ces diverses restitutions n'excèdent pas le prix d'acquisition. L. 31, § 16, eod. Voici le motif de cette différence : l'action rédhibitoire n'ayant qu'un seul objet, la résolution de la vente, cette résolution ne peut avoir lieu qu'une fois, l'*actio quanti minoris* a pour objet diverses indemnités pécuniaires qui peuvent exister simultanément.

XVI.

La controverse qui nous occupe a pris un nouvel aspect sous l'influence d'une question appartenant au droit de la procédure.

En effet, plusieurs auteurs prétendent que, d'après les lois de l'Empire, l'action de la propriété (comme aussi toute action *in rem*) doit indiquer dans l'acte introductif d'instance l'origine de la propriété, et qu'autrement l'action doit être rejetée (*v*).

D'autres auteurs condamnent cette rigueur, comme nullement justifiée, car on ne saurait indiquer à ce sujet ni une règle du droit commun sur la procédure, ni une pratique conforme à cette règle (*x*).

Le droit canon repousse également cette doctrine, car il admet la possibilité d'une action exercée avec ou sans indication de l'origine du droit réclamé (*y*).

Cette discussion ne nous intéresse que dans ses rapports avec la question que nous venons de traiter, celle touchant l'autorité de la chose jugée.

Ainsi on a prétendu qu'en vertu de ce principe rigoureux l'exception par nous établie pour les actions *in rem* était devenue la règle générale du droit actuel. En effet, tout demandeur étant obligé d'indiquer dans son action le titre sur lequel il fonde sa propriété, le cas supposé par notre exception existe toujours, et dès lors l'action rejetée peut être représentée dès que le demandeur assigne à sa propriété une

(*v*) Gönner, vol. II, p. 180-182; Bayer, p. 216. Martin, § 144; Borst, Archiv. vol. I, n. 14, p. 174; Langenn, und Kori Erörterungen, n. 12; Bucka, vol. II, p. 198; Wächter, Handbuch, vol. II, p. 446.

(*x*) Heffter, Prozess, § 343, et Museum, vol. III, p. 237. Ensuite les auteurs favorables à cette opinion que citent Heffter et Langenn (note *v*), parmi lesquels se trouvent les praticiens les plus distingués.

(*y*) C. 3, de sent. in VI (II, 14). Voy. plus haut, § 262, p. 68.

autre origine que celle énoncée dans la première action (z).

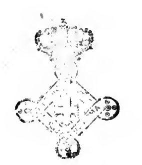
Je ne saurais admettre un semblable raisonnement. L'indication de l'origine de la propriété telle que l'exige cette règle rigoureuse diffère essentiellement de la déclaration par laquelle le demandeur s'oblige à ne pas invoquer dans le litige d'autre titre de propriété que celui énoncé, déclaration à laquelle se rattachent exclusivement certains avantages et certains préjudices (num. III, IV). La simple indication du titre de propriété, sans cette déclaration, ressemblerait à l'exposé des faits que, dans la procédure romaine, le demandeur aurait adressé au préteur. Cet exposé n'avait aucune influence sur la marche de l'affaire s'il n'était pas reproduit dans la *formula*.

Ainsi je nie d'abord que d'après la procédure du droit commun actuel toute action *in rem* doive être rejetée si elle n'indique pas spécialement l'origine du droit réclamé.

Même en admettant cette procédure rigoureuse, je prétends qu'elle n'a nullement changé la nature de notre exception, et qu'elle n'en a pas fait une règle générale contraire à celle du droit romain.

(z) Puchta, Mus., II, p. 267; Wächter, p. 445. — Cette opinion mène par une autre voie au résultat que Kierulff tire de l'*æquitas* moderne (p. 518-519).





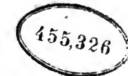

455,326

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SIXIÈME.

FIN DU TOME SIXIÈME.



ne le deux jugées

